

**LA INCIDENCIA DE LAS FUENTES DE ORIGEN  
INSTITUCIONAL (DERECHO COMUNITARIO EUROPEO)  
EN LA CONFIGURACION DEL SISTEMA ESPAÑOL  
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**por MANUEL DESANTES REAL**



## SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO
- II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1) PERSPECTIVA «ACTUAL» A PARTIR DE UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CONFIGURACION ESTATAL: RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES; 2) PERSPECTIVA «POTENCIAL» A PARTIR DE UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CONFIGURACION SUPRANACIONAL: RELACIONES PRIVADAS INTRACOMUNITARIAS (DIMENSION *AD INTRA*) Y RELACIONES PRIVADAS EXTRACOMUNITARIAS (DIMENSION *AD EXTRA*)
- III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: CUESTIONES GENERALES
  1. Derecho Internacional Privado y protección de valores e intereses comunitarios. Los principios del Derecho comunitario
  2. Derecho Internacional Privado, órdenes jurídico estatales y lagunas del Derecho comunitario
  3. Derecho Internacional Privado y conflictos entre el Derecho comunitario y los órdenes jurídicos de los Estados miembros
  4. Las conexiones. Eficacia nacional y comunitaria
  5. Incidencia del Derecho comunitario en la aplicación del Derecho público extranjero y de las normas imperativas del foro
- IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO PRIMARIO: RELACIONES HORIZONTALES DE TRAFICO PRIVADO INTERNACIONAL
  1. El Tratado de Roma y las obligaciones contractuales internacionales
  2. El Tratado de Roma y las obligaciones no contractuales internacionales
  3. Problemas relativos al Derecho aplicable en la normativa sobre funcionarios
  4. Derecho comunitario y Derechos nacionales en materia de procedimiento
  5. Técnicas del Derecho Internacional Privado en la normativa comunitaria sobre la competencia
- V. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO DERIVADO. RELACIONES HORIZONTALES DE TRAFICO PRIVADO INTERNACIONAL
  1. Introducción. Técnicas normativas
  2. Los convenios internacionales y el Derecho Internacional Privado. Dimensiones *ad intra* y *ad extra* del Derecho Internacional Privado de las Comunidades Europeas.
  3. Los reglamentos y el Derecho Internacional Privado
  4. Las directivas y el Derecho Internacional Privado
- VI. CONSIDERACIONES FINALES
  1. Fuentes normativas y técnicas de reglamentación
  2. Relaciones privadas internacionales, relaciones privadas «intracomunitarias» y sistema español de Derecho Internacional Privado



## I. PLANTEAMIENTO

1. Entendido el Derecho internacional privado desde una perspectiva sustantiva —por oposición a formal— y estricta como el subsistema jurídico —que contiene a su vez todos los elementos para constituir un sistema autónomo— cuyo objeto es resolver adecuadamente los problemas ocasionados por las relaciones privadas internacionales desde la perspectiva de un foro concreto, en nuestro caso el español<sup>1</sup>, es preciso reconocer que las diversas fuentes de producción que informan un sistema estatal de Derecho internacional privado se encuentran íntimamente interrelacionadas y no poseen autonomía absoluta, integrándose en un contexto sistemático más amplio. Un sistema complejo como el español goza de una base autónoma en principio autosuficiente (fuentes de origen autónomo) pero ha visto paulatinamente cercenada su esfera de aplicación bien por la participación en instrumentos convencionales internacionales (fuentes de origen convencional), bien por la ampliación del ámbito dispositivo de sus normas (fuentes de origen transnacional), bien por la atribución a alguna organización internacional del ejercicio de determinadas «competencias derivadas de la Constitución» (fuentes de origen institucional, en la terminología de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS). El sistema pretende en teoría cumplir con su función de la forma más adecuada —es decir, más justa— posible y debe para ello procurar la realización de unos determinados valores superiores y unos intereses específicos del tráfico privado internacional.

En este marco, el presente trabajo pretende llevar a cabo una evaluación parcial de la incidencia de una de estas fuentes de producción —la de origen institucional— en la configuración del sistema de Derecho internacional privado español. La elección de la materia admite una doble justificación: incide, por una parte, y desde una perspectiva valorativa común, en los tres aspectos —fuentes normativas, sectores y

---

<sup>1</sup> El contenido del Derecho internacional privado debe resultar siempre acorde con el objeto, es decir, con la regulación de las situaciones privadas internacionales. En consecuencia, y si el «carácter privado de la relación internacional» es el elemento delimitador clave, no parece coherente integrar en el ámbito del Derecho internacional privado ni el Derecho de la nacionalidad ni el Derecho de extranjería en la medida en que muestran claramente la existencia de una relación jurídica entre el individuo y el Estado, relación que en modo alguno —salvo, quizá, algunos aspectos civiles, mercantiles o procesales de la extranjería— puede inscribirse en el capítulo «situaciones privadas internacionales». Quedarían también excluidas del contenido, en segundo término, todas aquellas relaciones que se desarrollan entre sujetos de Derecho público o con intervención de algún sujeto en ejercicio del poder público. En fin, y *a contrario*, el contenido del derecho internacional privado debe restringirse a la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, al Derecho aplicable y al reconocimiento y ejecución de hechos, actos y decisiones extranjeras, es decir, a aquellas relaciones que se desarrollan entre sujetos que ocupan una posición privada, con independencia de que a tales relaciones les sea aplicable el Derecho público o el Derecho privado y fuere cual fuere el grado de intervención estatal en las mismas. Esta posición debe condicionar, lógicamente, las reflexiones esbozadas a lo largo del trabajo.

técnicas de reglamentación— que conforman la estructura normativa del sistema; por otra, posibilita una presentación problemática y —en la medida de lo posible— crítica, contribuyendo con ello al objetivo de aportar elementos de discusión en una reflexión general sobre la virtualidad del sistema de Derecho internacional privado español. En la línea abierta hace varios años en nuestro país por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS<sup>2</sup>, parece oportuno plantear nuevas perspectivas de análisis en torno a una fuente que cada día tiene mayor incidencia y que revela la existencia de un elenco de problemas —uno de ellos, y no el menor, el de su fiel adecuación con los valores, intereses y principios del foro— faltos de tratamiento tanto en nuestra doctrina cuanto en la foránea. En fin, el análisis se centrará específicamente en las fuentes de origen típicamente institucional —por lo que no incluirá más que referencias aisladas a los dos instrumentos convencionales que desde hace años han polarizado, en ocasiones con carácter cuasiexclusivo, la incidencia de las Comunidades Europeas en el Derecho internacional privado: el Convenio de Bruselas de 1968<sup>3</sup> y el Convenio de Roma en 1980<sup>4</sup> —y en el sector del Derecho aplicable, sin duda el menos desarrollado desde la perspectiva comunitaria de los tres sectores que configuran el sistema<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, pp. 785-826.

<sup>3</sup> Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva: *Journal Officiel des Communautés Européennes* (en adelante, *JOCE*) L 299, de 31 de diciembre de 1972, pp. 32-45, modif. por los Convenios de adhesión de Luxemburgo de 9 de octubre de 1978 (*JOCE* L 304, de 30 de octubre de 1978, pp. 1-16), de Luxemburgo de 25 de octubre de 1982 (*JOCE* L 388, de 31 de diciembre de 1982, pp. 1-5); y de San Sebastián de 26 de mayo de 1989: *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (en adelante, *DOCE*) L 285, de 3 de octubre de 1989, pp. 1 ss. y *Boletín Oficial del Estado* (en adelante, *BOE*) de 28 de enero de 1991, con corrección de errores de *BOE* de 30 de abril de 1991; este último es el que posibilitó la incorporación de España (efectiva desde el 1 de febrero de 1991) y Portugal (efectiva desde el 1 de julio de 1992). El Convenio de San Sebastián no ha sido ratificado todavía por Alemania, Bélgica y Dinamarca. Un texto consolidado sin valor oficial puede encontrarse en *DOCE* L 189, de 28 de julio de 1990, pp. 2-24.

<sup>4</sup> Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*JOCE* L 266, de 9 de octubre de 1980 y *BOE* 171 de 19 de julio de 1993, con corrección de errores en *BOE* 189 de 9 de agosto de 1993), modificado por los Convenios de adhesión de Grecia de 10 de abril de 1984 (*DOCE* L 146, de 31 de mayo de 1987) y de España y Portugal de 18 de mayo de 1992 (*BOE* 171 de 19 de julio de 1993).

<sup>5</sup> Sin poner en tela de juicio la unidad del sistema y los estrechos vínculos existentes entre los tres sectores, lo cierto es que tanto la competencia judicial internacional cuanto el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras gozan hoy de un elevado grado de codificación merced a la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968. Desde la perspectiva del reconocimiento y la ejecución de decisiones la conexión comunitaria es evidente: tan sólo encuentran acogida en el mismo las decisiones dictadas en un Estado contratante que pretendan surtir efectos en otro Estado contratante. La cuestión se torna más compleja —también más interesante— respecto a los criterios de competencia judicial, en la medida en que el objetivo primordial —la defensa de los intereses de las personas físicas y jurídicas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante que son demandadas en otro Estado contratante— cede en no pocas ocasiones ante consideraciones de diversa naturaleza como la aparición de un criterio exclusivo de los establecidos en el artículo 16 del Convenio de Bruselas, la voluntad tácita o expresa de las partes o la posición de demandante del consumidor; son excepciones, en todo caso, porque la intención del legislador comunitario resulta evidente al abandonar a su suerte a los demandados no domiciliados en el territorio de uno de los Estados miembros infringiéndoles el agravio del artículo 4 del mencionado Convenio, que posibilita la aplicación en estos casos de los criterios nacionales de competencia judicial internacional.

2. La integración de España en las Comunidades Europeas ha introducido un nuevo elemento de notable complejidad en el diseño del sistema de Derecho internacional privado<sup>6</sup>. Si bien el llamado «régimen institucional» no goza de la nota de complitud que caracteriza al régimen autónomo, la progresiva asunción de competencias y el carácter dinámico predicable del Derecho comunitario europeo —amén de las nuevas perspectivas abiertas tras el Consejo Europeo de Maastricht de diciembre de 1991 y la firma del correspondiente Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) el 7 de febrero de 1992— permiten afirmar que el análisis de su incidencia en las materias de índole —fundamental, pero no exclusivamente— patrimonial que configuran cada uno de los sistemas estatales de Derecho internacional privado de los países miembros se erige hoy en problema nuclear de urgente reflexión para los especialistas de la disciplina<sup>7</sup>, hasta el punto de poder afirmar que

—aun los exorbitantes— y la posterior ejecución de tal sentencia en todos los Estados miembros en virtud del Título III del Convenio. Por otra parte, la dimensión estrictamente procesal ofrece también elementos muy interesantes que exceden del ámbito de este trabajo: sirva como ejemplo la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) de 1 de julio de 1993 (asunto C-20/92, Hubbard c. Hamburger, sin publicar), donde se excluye la *cautio iudicatum solvi* por considerar al albacea testamentario como prestador de servicios en el sentido del artículo 59 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCEE), y todo ello pese a tratarse el fondo del asunto de una materia excluida del Derecho comunitario por encontrarse afecta al Derecho de sucesiones. En fin, han quedado también fuera del análisis los problemas que afectan a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas, en la medida en que son susceptibles de tratamiento autónomo y específico.

<sup>6</sup> Es bien sabido que el Derecho comunitario, aun siendo un orden jurídico autónomo, «constituye una parte integrante de los órdenes jurídicos de los Estados miembros y afecta directamente a sus nacionales, en cuyo beneficio ha creado derechos individuales que los tribunales nacionales deben proteger» [Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64, Costa c. ENEL, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour* o, a partir de 1986, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal* (en adelante, Rec.), 1964, pp. 585 ss.].

<sup>7</sup> Los estudios que destacan desde una perspectiva global las relaciones entre el Derecho internacional privado y el Derecho comunitario forman ya un cuerpo doctrinal interesante: sin pretensión de exhaustividad, y por orden cronológico, conviene recordar los de P. BOUREL *et al.*, *L'influence des Communautés Européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Bruselas, 1981; I. F. FLETCHER, *Conflict of Laws and European Community Law; with special reference to the Community Conventions on Private International Law*, Amsterdam, 1982; M. R. SAULLE, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Nápoles, 1983; G. BADIALI, «Le droit international privé des Communautés Européennes», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 191 (1985-II), pp. 9-182; D. LASOK y P. A. STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987; Ch. VON BAR *et al.*, *Europäische Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Colonia, 1991; E. JAYME y Ch. KOHLER, «Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1991. Harmonisierungsmodell oder Mehrprurigkeit des Kollisionsrechts», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (en adelante, *IPRax*), 1991-6, pp. 361-369; o W. H. ROTH, «Der Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht», *Rabels Z.*, vol. 55, 1991, pp. 623 ss. En nuestro país son de obligada referencia los trabajos de J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Cuestiones de Derecho internacional privado en las Comunidades Europeas», *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas* (22 noviembre-3 diciembre 1982), Universidad de Valladolid, 1983, pp. 118-121, y, sobre todo, de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *loc. cit.*, pp. 785-826, así como las ponencias de M. DESANTES REAL («España ante el proceso de elaboración del Derecho internacional privado "intracomunitario"», pp. 203-224), K. KREUTZER («*Lex communis europea de collisione legum: utopie ou nécessité?*», pp. 225-246) y M. V. CUARTERO RUBIO («Técnicas de unificación del derecho internacional privado en la CEE», pp. 247-256) presentadas en S. Lorenzo de El Escorial en las *III Jornadas de Derecho internacional privado* (13 y 14 diciembre 1991), Madrid, 1993.

la perspectiva del Derecho comunitario constituye un catalejo singular para observar la evolución de los problemas que interesan al Derecho internacional privado. Tal es la razón fundamental que aconseja el esbozo de un ramillete de consideraciones sobre el tema. Empero, las páginas que siguen tienen un continente y un contenido provisional, no reflejan sino un estadio de la reflexión y, en definitiva, no pretenden sino coadyuvar a abrir y asentar vías de discusión e investigación, en una línea iniciada hace ya varios años en nuestro país.

La exposición vendrá dividida en tres partes. La primera plantea la hipótesis de trabajo al distinguir entre «relaciones privadas internacionales», «relaciones privadas intracomunitarias» y «relaciones privadas extracomunitarias» (epígrafe II). La segunda pretende aplicar tales hipótesis de trabajo al presentar un elenco —debe insistirse en el carácter no exhaustivo— de cuestiones relativas al sector del Derecho aplicable que reflejan el interés del estudio propuesto, cuestiones que afectan a las relaciones entre Derecho internacional privado y Derecho comunitario tanto en sus fuentes «primarias» cuanto a las «secundarias» o Derecho comunitario derivado y que necesariamente obligan a un desarrollo en ocasiones prolijo (epígrafes III, IV, V). La tercera, en fin, propone, a la luz de las experiencias descritas, una lectura constructiva de la incidencia del régimen institucional en el conjunto del sistema de Derecho internacional privado español —tanto en su dimensión «internacional» cuanto «intracomunitaria»— y centra en sus justos límites la pretendida existencia de un «Derecho internacional privado comunitario» aplicable a las relaciones privadas que contienen elementos extracomunitarios (epígrafe VI).

## II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: 1) PERSPECTIVA «ACTUAL» A PARTIR DE UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CONFIGURACION ESTATAL: RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES; 2) PERSPECTIVA «POTENCIAL» A PARTIR DE UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CONFIGURACION SUPRANACIONAL: RELACIONES PRIVADAS INTRACOMUNITARIAS (DIMENSION «AD INTRA» Y RELACIONES PRIVADAS EXTRACOMUNITARIAS (DIMENSION «AD EXTRA»

3. La hipótesis de trabajo que preside estas páginas es simple y pretende justificar que el Derecho comunitario incide en el Derecho internacional privado desde una doble perspectiva que podríamos denominar, respectivamente, «actual» y «potencial».

a. La perspectiva «actual» se centra en el análisis de la repercusión del Derecho comunitario en tanto que «fuente institucional» de producción jurídica que coadyuva —junto a las fuentes convencional y autónoma— a modelar la resultante de cada uno de los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros, es decir, el modo de afrontar y resolver los problemas derivados de las relaciones jurídico-privadas internacionales consideradas desde un foro concreto: así, por ejem-



plo, cuando el Convenio de Roma de 1980 establece la ley aplicable a las obligaciones contractuales utilizando criterios aplicables *erga omnes* en la medida en que ni exige una vinculación específica con el territorio comunitario —salvo, evidentemente, que su vocación es ser aplicado por los tribunales de los Estados miembros, lo que no empece a que por reenvío pudiera también ser considerado por los tribunales de terceros Estados— ni la ley designada debe necesariamente corresponder a la de uno de los Estados miembros. Esta dimensión responde al concepto clásico del Derecho internacional privado como orden regulador de las relaciones privadas internacionales consideradas desde un foro estatal determinado, es decir, desde una instancia soberana dotada de potestad para, de acuerdo con unos principios fraguados a partir de unos valores y unos intereses determinados, configurar un sistema coherente y completo que en nuestro caso denominamos sistema español de Derecho internacional privado.

b. La perspectiva «potencial» es más aventurada y constituye más un elemento de reflexión que una afirmación. A partir de su condición de «configurador de un mercado interior», la actuación del Derecho comunitario implica también necesariamente, a mi modo de ver, la estructuración de un conjunto de normas coherentes —que podrían llegar quizás un día a configurar un verdadero «sistema», y de ahí la utilización de tal término entrecomillado— que afronten y resuelvan —por emplear los mismos términos que en la función anterior— los problemas derivados de las relaciones jurídico-privadas que, afectando a varios Estados miembros, se desarrollen primordialmente en el interior de la Comunidad (en adelante, relaciones jurídico-privadas intracomunitarias): tal es el caso de la Segunda Directiva sobre seguros de daños de 1988, cuyo artículo 7 determina «la ley aplicable a los contratos de seguros contemplados en la presente Directiva que cubran riesgos localizados en los Estados miembros», o el caso de la normativa sobre funcionarios, donde es continua la referencia a uno de los órdenes jurídicos internos.

Por otra parte, la existencia de «relaciones privadas intracomunitarias» presupone la propia existencia de «relaciones privadas extracomunitarias»: desde el punto de vista de un tercer Estado, la Comunidad aparece jurídicamente como un territorio único respecto a aquellas materias que ya no pertenecen a la esfera de competencia de los Estados miembros, lo que permite aventurar que nos encontramos —y soy consciente de que no se trata más que de una hipótesis de trabajo merecedora de mayor reflexión y debate— ante un embrión de Derecho internacional privado «comunitario», cobrando el término «internacional» en tal caso el protagonismo de lo que sería una verdadera perspectiva *ad extra* que afronte y resuelva —si bien, como veremos, a través de métodos estrictamente unilaterales— los problemas derivados de determinadas relaciones jurídico-privadas con elementos «extracomunitarios» o, en la terminología del Profesor J. D. GONZÁLEZ CAMPOS —que aquí recobra plenamente su significado—, «heterogéneos»: así, la usurpación por una empresa japonesa a otra empresa alemana de una patente comunitaria en el territorio de los Estados miembros justificará la competencia judicial de los tribunales de uno de tales Estados miembros cuando entre en vigor el Acuerdo sobre la Patente Comunitaria y la localización de un riesgo en la Comunidad en un contrato de seguro entre una empresa

establecida fuera y otra empresa establecida dentro de la Comunidad conlleva la aplicación de la ley —armonizada, tanto en sus normas materiales cuanto conflictuales— de uno de los Estados miembros —es decir, de la ley «comunitaria» en un contrato de seguro de daños. Obsérvese que esta doble consideración implica a su vez la elaboración de un doble «sistema» —o de «dos caras de un mismo sistema»— en el que puede apreciarse con claridad la defensa de unos valores y de unos intereses comunes: por una parte, el que configuran las «relaciones privadas intracomunitarias» o dimensión *ad intra*; por otra, el que contempla las «relaciones privadas extracomunitarias» o dimensión *ad extra*.

La dimensión *ad intra* del Derecho internacional privado comunitario implica una modificación del concepto de «frontera interior» y, en consecuencia, el establecimiento de un «mercado interior» donde las mercancías, las personas, los servicios y los capitales se desplacen libremente «como si» se tratara de un solo Estado, lo que no es sino el corolario de la desaparición de las fronteras físicas respecto a aquellas materias afectas al Derecho comunitario. Por su parte, la actuación *ad extra* —referida a la dimensión «extracomunitaria»— posibilita la creación de una nueva «frontera exterior común» frente a terceros Estados, por lo que desde la perspectiva de estos terceros Estados el territorio comunitario aparecerá en ocasiones como una entidad única.

4. La consideración armónica de ambas esferas tiene importantes repercusiones, por otra parte, en la propia configuración del sistema español de Derecho internacional privado y plantea nuevamente una polémica —y vieja— cuestión de indudable interés práctico: ¿hasta qué punto vienen vinculados los fenómenos de «desaparición de las fronteras físicas» y difuminación de las «fronteras jurídicas» en el ámbito comunitario?

a. La actuación *ad intra* parte de la existencia de diversos sistemas de Derecho internacional privado estatales correspondientes a cada uno de los Estados miembros de la Comunidad Europea, sistemas que ven notablemente incrementadas sus fuentes de producción jurídica al aparecer, junto a los regímenes autónomo y convencional clásicos —y, en su caso, el transnacional—, un postrer régimen, el «institucional». Es evidente que cada sistema estatal de Derecho internacional privado es autónomo, descansa en la soberanía del Estado y se cimenta en determinados principios constitucionales. Pero también lo es si un grupo de Estados tienen unos principios constitucionales comunes, limitan al máximo la posibilidad de intervención del orden público en las relaciones privadas que les afectan directamente, eliminan los obstáculos físicos, técnicos y fiscales que les impiden funcionar como un verdadero mercado interior, cuentan con una política exterior común y con políticas económicas, monetarias y sociales comunes, establecen un sistema cuasiautomático de ejecución de resoluciones judiciales —y, para lograrlo, edifican criterios comunes respecto a la competencia territorial de sus tribunales y, en determinadas materias, respecto a las normas sobre ley aplicable— y promueven la «aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común» (art. 3.h TCEE)... están creando un marco de relaciones que, cuanto menos,

merece ser estudiado desde una perspectiva científica autónoma sin dejarse influir por los esquemas preconcebidos que informan el Derecho internacional privado clásico, esquemas que parten de la evidente existencia de «pluralidad de sistemas estatales».

Desde este punto de vista habrá que preguntarse en qué medida la progresiva consecución de los objetivos de las Comunidades Europeas no viene a difuminar en el interior del territorio comunitario los dos presupuestos que justifican la aparición del Derecho internacional privado. Como J. C. FERNÁNDEZ ROZAS ha puesto recientemente de relieve, el Derecho comunitario «ha generado una auténtica mutación en uno de los presupuestos básicos del Derecho internacional privado cual es el fenómeno de “frontera” [...] [y] queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de nuestro Ordenamiento: el de la pluralidad de sistemas». El fenómeno regional europeo obliga, en consecuencia, a plantear la idoneidad —al menos respecto a determinados sectores— de las técnicas de reglamentación clásicas del Derecho internacional privado, técnicas que se justifican desde una opción particularista y que presuponen la existencia de relaciones privadas heterogéneas susceptibles de ser reguladas por diversos órdenes jurídicos pertenecientes a Estados soberanos, órdenes jurídicos que entran en conflicto entre sí. Desde la perspectiva de un foro determinado ubicado en el territorio de los Estados miembros de las Comunidades Europeas surge, por tanto, la pregunta: las relaciones jurídicas privadas heterogéneas intracomunitarias referidas a materias «comunitarias», ¿deben ser tratadas de igual manera que el resto de relaciones privadas heterogéneas o nos encontramos ante un nuevo fenómeno que conviene estudiar desde unos presupuestos autónomos de la misma forma que estudiamos autónomamente los conflictos internos?

b. La reflexión cobra una perspectiva insospechada si se contempla el mencionado fenómeno desde una dimensión *ad extra*, es decir, a partir del análisis de relaciones jurídicas privadas con elementos intra y extracomunitarios. Desde el exterior, cualquier foro —entendido como sede de análisis de una relación jurídico-privada internacional— o cualquier operador jurídico podría sentirse inclinado a considerar el territorio comunitario como un todo unitario, como una sola entidad a los efectos de la reglamentación de las situaciones heterogéneas con contenido económico. Así se ve, por ejemplo, al analizar tal situación desde los Estados Unidos de América: una empresa domiciliada en uno de los Estados que componen la Unión puede ser demandada ante un tribunal radicado en la Comunidad por una empresa domiciliada en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad Europea, tribunal que se declarará competente —utilizando para ello, si fuere necesario, las normas de competencia judicial internacional exorbitante de su Estado— y que dictará una sentencia que será reconocida de forma cuasiautomática en todos los Estados miembros en aplicación del ya mencionado Convenio de Bruselas de 1968. Y así lo ven también los países de la A.E.L.C. cuando negocian el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judi-

---

<sup>8</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *loc. cit.*, p. 786.

ciales<sup>9</sup> y se ven obligados a dibujar complicados equilibrios para armonizar su aplicación territorial con el Convenio de Bruselas reclamando la imposibilidad de que los domiciliados en su territorio puedan ser demandados en la Comunidad a partir de criterios exorbitantes. Desde el interior, en fin, la perspectiva unitaria resulta sugerente: ¿Qué hace el Acuerdo sobre las Patentes Comunitarias de 1989 sino destruir el principio de territorialidad en el interior de la Comunidad para reconstruirlo frente al exterior? ¿Qué hace la normativa sobre seguros de daños sino extender la aplicación del Derecho comunitario sobre seguros —incluyendo sus normas de conflicto— a los supuestos en los que el riesgo se encuentra localizado en el territorio de la Comunidad? En definitiva, la pregunta —plantada quizás todavía a un nivel excesivamente teórico, pues necesita de más profunda reflexión y concreción— cae por su propio peso: ¿Estamos en condiciones de hablar del lento pero progresivo nacimiento de un sistema de Derecho internacional privado comunitario aplicable a las relaciones heterogéneas surgidas entre partes donde al menos una de ellas se localiza en el exterior de la Comunidad o, por el contrario, el hecho de que los Estados miembros sigan siendo soberanos y de que el fenómeno comunitario avance a golpe de acuerdos coyunturales entre estos Estados impide plantear siquiera los requisitos que debería reunir tal sistema para gozar de cierta autonomía respecto a los diferentes sistemas estatales?

5. Corresponde en las páginas siguientes pergeñar un esbozo de los parámetros generales en los que se mueven las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho internacional privado para, a continuación, mostrar a través de diversos ejemplos —extraídos tanto del Derecho comunitario primario cuanto del derivado y, sobre todo, de los intereses subyacentes a todos ellos— los elementos de veracidad o, cuanto menos, de cauce para la reflexión, que contienen las afirmaciones anteriores. Interesa estudiar, en definitiva, cómo incide la existencia del elemento heterogéneo intra o extra comunitario en la configuración de cada relación privada.

### III. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO EUROPEO: CUESTIONES GENERALES

#### 1. Derecho internacional privado y protección de valores e intereses comunitarios. Los principios del Derecho comunitario

6. El análisis de la incidencia de la normativa comunitaria en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado debe necesariamente comenzar por una reflexión acerca de los valores y los intereses —reflejados explícita e implícitamente en unos principios determinados— que subyacen en el mismo, valores e intereses que aparecen íntimamente vinculados a los principios del Derecho comunitario.

---

<sup>9</sup> DOCE L 319, de 25 de noviembre de 1988, pp. 9-48.

El Derecho comunitario impone a los Estados miembros, en efecto, el cumplimiento de unos principios básicos, principios que en la mayor parte de los casos se encuentran ya incardinados en la Constitución o en la normativa internacional sobre los derechos humanos invocable en cada uno de los Estados miembros y que se aplican tanto a los supuestos internacionales cuanto a los internos. Es cierto que el orden jurídico comunitario no incluye un catálogo de derechos fundamentales de la persona pero no deja también de serlo que algunos de ellos aparecen —más o menos explícitamente— recogidos en el articulado de los Tratados constitutivos<sup>10</sup> y que la normativa comunitaria incide directamente en las bases socioeconómicas más importantes de los Estados miembros: principios como la libre circulación de mercancías, personas o capitales, la libre competencia o la no discriminación fiscal tienen una carga ideológica incontestable que condiciona absolutamente el derecho económico de los Estados miembros tanto por lo que hace referencia —es evidente— a las relaciones intracomunitarias cuanto —y éste es un dato interesante— respecto a las relaciones exteriores. En definitiva, no podemos ignorar que tales principios —junto a otros que no hacen sino configurar plásticamente intereses relevantes, como la defensa de la libre competencia— reflejan unos valores dignos de protección, en cuyo caso el Derecho comunitario proporciona no sólo dicho valor sino también el grado de protección que deben asumir los Estados miembros: una normativa nacional contraria al Derecho comunitario no debería, por tanto, poder imponerse a las partes contratantes privadas en calidad de norma material imperativa, pues en tal caso la norma

---

<sup>10</sup> Así, y centrándonos en el TCEE, los principios de no discriminación (arts. 7, 48, 52, 60 ó 119); libertad de empresa (arts. 9, 48, 52, 59, 67 ó 85), libre circulación de mercancías (art. 9), libre circulación de trabajadores (art. 48), libertad de establecimiento (art. 52), libre prestación de servicios (art. 59), derechos sindicales (art. 118), derecho de propiedad (art. 222), secreto profesional (art. 214), etc., principios todos ellos que reflejan unos intereses determinados en la comprensión de los valores de justicia, libertad e igualdad. Resulta significativo, a este respecto, el hecho de que todos los Estados miembros se encuentran vinculados por el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y que tanto la Comisión cuanto el Consejo, el Parlamento hayan manifestado en numerosas ocasiones que todas sus propuestas respetarán los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos: vid., en este sentido, *inter alia*, la Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977, la Comunicación de la Comisión relativa a la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (*Boletín mensual de las Comunidades Europeas*, n.º 10/1990, p. 75), la Resolución del Parlamento Europeo sobre los derechos humanos (*DOCE* C 240 de 16 de septiembre de 1991) y la Resolución del Parlamento Europeo sobre el respeto de los derechos humanos en la Comunidad (*DOCE* C 115 de 26 de abril de 1993). El mismo Tribunal de Justicia, que en un principio se manifestó reticente a incluir referencias a tales derechos en su argumentación [Sentencia de 4 de febrero de 1959 (1/58), *Stork c. Alta Autoridad CECA*, *Rec.* 1958-59, pp. 43 ss.], reconoció hace ya más de veinte años que «los derechos fundamentales de la persona están comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario, de los que el Tribunal asegura el respeto» [Sentencia de 12 de noviembre de 1969 (29/69) *Stauder*, *Rec.* 1969, pp. 419 ss.] y que tales derechos fundamentales se deducen «de las tradiciones comunes de los Estados miembros», por lo que «no se pueden admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las constituciones de esos Estados» [Sentencia de 17 de diciembre de 1970 (11/70) *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rec.* 1970, pp. 1125 ss.]. En fin, y como es bien conocido, el Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE) ha consagrado este proceso en el apartado 2 de su artículo F.

material imperativa aplicable sería precisamente la que derive directamente del propio Derecho comunitario<sup>11</sup>.

Podría concluirse del razonamiento anterior que la interpretación del Derecho comunitario debe incidir en las bases comunes constitucionales de los Estados miembros pero que en modo alguno es razonable prejuzgar la validez de un acto de las instituciones desde la perspectiva de un orden jurídico interno determinado. Cuestión diferente es que, en el caso de que una disposición comunitaria infrinja un derecho fundamental y las Comunidades no dispongan de mecanismos adecuados para reaccionar, los tribunales internos sean competentes para oponer sus propios principios constitucionales frente a ella<sup>12</sup>. Es evidente, en cualquier caso, que la simbiosis entre constitucionalidad de las normas comunitarias y constitucionalidad de las normas autónomas debería ser total —prueba de ello es que el artículo 93 de la Constitución de 1978 ha delegado en las Comunidades Europeas el desarrollo de competencias derivadas de la Constitución —es decir, que la protección de los valores e intereses específicamente comunitarios no debería entrar en colisión con la legítima defensa de los respectivos valores e intereses de los Estados miembros. En fin, de todo ello cabría extraer una conclusión irrefutable: la evaluación del sistema español de Derecho internacional privado a partir del elemento fundamental «protección de los valores e intereses del foro» exige considerar con carácter prioritario la incidencia del Derecho comunitario en la configuración de tales valores<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> La jurisprudencia del T.J.C.E. ofrece numerosos ejemplos que corroboran la afirmación anterior. Así, y por lo que respecta a la protección de la mano de obra femenina, el artículo 213 del Código de Trabajo francés prohibía el empleo de mujeres en determinados trabajos nocturnos, prohibición que respondía a un objetivo de interés general de protección de la mano de obra femenina y a consideraciones de carácter social relacionadas, por ejemplo, con los riesgos de agresión y con la carga superior de trabajo familiar que pesa sobre las mujeres. El TJCE declaró recientemente esta normativa contraria al Derecho comunitario por entender que la protección de la mano de obra femenina no debería extenderse, como regla general, más que a los casos de embarazo y maternidad [Sentencia del TJCE de 25 de julio de 1991 (C-345/89), Proceso penal c. A. Stoeckel, *Rec.* 1991, I-4047 ss.]. He aquí un ejemplo claro en el que se muestra cómo la normativa comunitaria produce un efecto armonizador en todos los Estados miembros al valorar el grado de protección que merecen determinados intereses en caso de tensión que en esta ocasión se manifiesta entre los intereses de protección de la mujer y de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

<sup>12</sup> Recuérdense, en este sentido, las conocidas Sentencias del Tribunal constitucional italiano de 27 de diciembre de 1973 y del Tribunal constitucional alemán de 29 de mayo de 1974.

<sup>13</sup> Aun referida al ámbito penal, resulta sumamente ilustrativa a este respecto la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991 [Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 1991 (C-159/90), *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. c. S. Grogan et al.*, *Rec.*, 1991, I-4865 ss.], en la que se reconoce que «La interrupción médica del embarazo, realizada conforme al Derecho del Estado en el que tiene lugar, es un servicio en el sentido del artículo 60 del TCEE» para afirmar a continuación que no puede considerarse como derivada de tal servicio de información difundida en un Estado miembro sobre el emplazamiento y las clínicas donde legalmente se practican interrupciones voluntarias del embarazo cuando los informantes «no intervienen en modo alguno en la divulgación de dicha información». Si bien el Tribunal despacha el fondo del asunto al considerar que el orden jurídico comunitario no se ve afectado al no tratarse de una cuestión relativa a la libre prestación de servicios —no creo que de esta afirmación pueda extraerse, *a contrario sensu*, que el Tribunal habría obligado a Irlanda a aceptar la legalidad de tales informaciones si hubieren sido suministradas directamente o indirectamente por las

7. La integración de España en las Comunidades Europeas se realizó en un marco político estable y constitucionalmente asentado pero la asunción del acervo comunitario implica ineludiblemente el reconocimiento de los principios generales cristalizados por los antiguos Estados miembros, principios que aun teniendo carácter evolutivo responden fundamentalmente al patrimonio jurídico común existente en los seis Estados miembros originarios en el momento de la fundación de las Comunidades: la admisión de nuevos Estados miembros no implica, por tanto, la reelaboración de los principios jurídicos comunes que están en la base de todo acto procedente de las instituciones de las Comunidades Europeas. Desde un punto de vista teórico no es extraño afirmar, en consecuencia, que existe siempre una potencial tensión en los nuevos Estados miembros entre los principios generales de su orden jurídico y los principios generales del orden jurídico comunitario, tensión que puede también manifestarse en el ámbito del Derecho internacional privado. Desde una perspectiva más amplia, la incorporación de tales principios en los Estados anglosajones —Reino Unido e Irlanda— y el esfuerzo común por adaptar ambos universos jurídicos —el nuevo concepto de domicilio adoptado en tales países a los efectos de la aplicación del Convenio de Bruselas es claro ejemplo que ilustra esta afirmación— constituye una de las experiencias jurídicas sin duda más interesantes de los últimos tiempos.

8. La experiencia americana podría teóricamente ser de gran utilidad para la construcción de un Derecho internacional privado comunitario. La práctica muestra, sin embargo, que su valor es muy relativo y quizás sea una de las principales razones el hecho de que se trate de una construcción centrada en los grandes principios constitucionales —así, el *due process of law* o *the equal protection of the laws*—, principios que han sido objeto de no pocas interpretaciones diferentes a lo largo de los dos últimos siglos. Tan sólo parece existir cierto consenso respecto a la cláusula *full faith and credit*<sup>14</sup>.

empresas prestadoras de los servicios en otro Estado miembro, pero indudablemente en tal caso la confrontación de valores habría aparecido en toda su crudeza y los jueces europeos no habrían podido esquivar la respuesta—, la Sentencia resulta interesante a nuestros efectos en la medida en que pone de relieve la posible tensión entre dos principios fundamentales —el del derecho a la vida y como lo define un Estado miembro concreto, es decir, incluyendo la vida intrauterina, y el de libertad de expresión que, en palabras del Abogado General W. Van Gerven, «forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, habida cuenta de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y de los Tratados e instrumentos europeos e internacionales relativos a los derechos fundamentales, en particular del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos»— y la posible repercusión de tal tensión en las relaciones entre el Derecho comunitario y los respectivos órdenes jurídicos internos. Destaca, por otra parte, el Tribunal en la mencionada Sentencia que «desde el momento en que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, al que se somete el litigio con carácter prejudicial, debe suministrar todos los elementos interpretativos necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, tal y como se hallan recogidos, en especial, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos».

<sup>14</sup> Incluida en el artículo 4 de la Constitución Federal USA, según el cual «Full Faith and Credit shall be given in each State to the [...] judicial Proceedings of every other State» y «The Congress may by general laws prescribe the Manner in which such [...] Proceedings shall be proved, and the Effects thereof».

## 2. Derecho internacional privado, órdenes jurídicos estatales y lagunas del Derecho comunitario

9. El análisis de valores e intereses comunitarios tiene una evidente repercusión en el sistema español de Derecho internacional privado, pero no resulta de menor importancia la consideración, también con carácter previo, de la estructura «plurilegislativa» de las Comunidades Europeas, estructura que incorpora una dificultad sobreañadida a la reflexión: sus normas operan en un espacio determinado que se encuentra al tiempo dividido en territorios sometidos a la soberanía de los Estados miembros y en los que impera su respectivo orden jurídico estatal. En efecto, la legislación comunitaria —una legislación especial en materia económica— no podría atender adecuadamente sus objetivos sin la cooperación del orden interno —pensemos, por ejemplo, en la intervención de los Estados miembros para cumplir y hacer cumplir la normativa comunitaria en su respectivo territorio— y del orden internacional, pues los problemas relativos al Derecho comunitario no aparecen aislados en la práctica sino incardinados en situaciones complejas constituyendo tan sólo un aspecto —más o menos relevante— de las mismas: interesa, por tanto, estudiar de qué manera se produce tal integración sistemática y cómo repercute ello en el conjunto del sistema español de Derecho internacional privado. Por otra parte, las instancias de aplicación del Derecho comunitario recurren a la hora de la interpretación a criterios extraídos de los diferentes sistemas autónomos, por lo que no debe extrañar que uno de los problemas más importantes planteados en la práctica sea el de determinar el orden jurídico estatal —y, más particularmente, establecer los elementos para llevar a cabo tal determinación, elementos que deben presentarse siempre en armonía con los caracteres y los fines de las Comunidades— que deben resolver una concreta laguna del orden jurídico comunitario<sup>15</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de examinar en multitud de ocasiones este problema de integración de los «sistemas comunitarios», integración que implica, según G. BADIALI, la consideración de una doble carencia que conviene destacar: por una parte, la ausencia de «profundidad normativa», es decir, de infraestructura jurídica que permita dotar a las normas de un sentido autónomo concreto; por otra, la aparición de numerosas lagunas en materias directamente afectas al Derecho comunitario o que, no estándolo, presentan, sin embargo, un evidente interés en la esfera comunitaria<sup>16</sup>. Esta ausencia de «profundidad normativa» no es óbice para reconocer que en numerosos aspectos —los que podríamos calificar como «puramente económicos»— el orden comunitario aparece como un sistema claramente autónomo cuyas lagunas deben cumplimentarse acudiendo a los objetivos y los fines de las Comunidades, del mismo modo que cada Estado recurre a sus propios fines y objetivos. El problema se plantea, por tanto, con aquellas normas destinadas a crear la necesaria infraestructura para garantizar el funcionamiento del sis-

---

<sup>15</sup> Destaca ya la importancia del tratamiento jurídico de tales lagunas el trabajo de G. BADIALI, *Il Diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milán, 1972, pp. 7 ss.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 24.



tema comunitario, normas entre las que podrían incluirse las que organizan la administración de la justicia y las de conflicto de leyes del Derecho internacional privado.

Crítica BADIALI, desde esta perspectiva, el hecho de que, incluso en aquellos aspectos en los que la competencia del Derecho comunitario no aparezca cuestionada, las lagunas deban resolverse mediante el reenvío sistemático al orden jurídico de un Estado miembro determinado, reenvío que implicaría necesariamente el recurso a una norma de conflicto de leyes que debería conducir a la *lex causae*<sup>17</sup>: el Derecho comunitario merece, en efecto, una interpretación uniforme y no es lógico recurrir a los diferentes sistemas nacionales, sistemas que resultarán parciales por definición al defender sus propios intereses. Siendo cierto, por tanto, que es la *lex causae* la que debe proporcionar las herramientas de trabajo para la interpretación del concreto negocio jurídico, no lo es menos que las cuestiones referentes al Derecho comunitario merecen un tratamiento uniforme que debe proporcionar el propio Derecho comunitario, fuere cual fuere la *lex causae*. Lo contrario sería un absurdo porque llevaría a la compartimentación del propio Derecho comunitario, lo que mermaría su eficacia y sus objetivos y, sobre todo, violaría el engranaje autónomo que constituye su estructura y sus instituciones, así como su característica unidad funcional. El Derecho comunitario es —como ya afirmara hace casi treinta años el Tribunal de Justicia— un ordenamiento jurídico autónomo y esta autonomía se manifiesta, como es bien sabido, en la atribución de competencias a las instituciones comunitarias, en un sistema institucional propio de creación de normas y —tal es el detalle que interesa en esta sede— en un sistema institucional propio de control de la interpretación y aplicación de sus normas.

Las afirmaciones anteriores no impiden que, en un caso específico, las propias normas de los Tratados constitutivos incluyan un reenvío expreso a un sistema estatal concreto, pero esta referencia debe ser expresa y no puede considerarse suficiente la utilización de una terminología jurídica determinada en detrimento de otra. En ocasiones esta remisión integra ya la norma de conflicto de leyes correspondiente e individualiza el derecho material aplicable: así, por ejemplo, el artículo 215 del TCEE, cuando establece que «La responsabilidad contractual de la Comunidad se regirá por la ley aplicable al contrato de que se trate», ley que podría hipotéticamente ser la de un tercer Estado; o el artículo 73 del Estatuto de los funcionarios —precepto que, por otra parte, aparece en los respectivos Estatutos de numerosas organizaciones internacionales—, según el cual en caso de fallecimiento se liquidará una cantidad al cónyuge superviviente y a los descendientes «conforme a las disposiciones del derecho sucesorio aplicable al funcionario». Otras veces resulta más complejo determinar el orden jurídico aplicable: pensemos, por ejemplo, en el artículo 181 del Tratado, que establece la competencia del Tribunal de Justicia «para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Comunidad o por su cuenta»; parece lógico en tal caso resolver el problema aplicando el orden jurídico estatal que tenga una conexión más

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 28.

estrecha con el asunto de que se trate, lo que implica una valoración adecuada del principio de proximidad que puede resultar compleja e incluso controvertida<sup>18</sup>. No faltan, en fin, situaciones en las que la aplicación de una norma comunitaria depende de una previa calificación nacional: así, la determinación de la nacionalidad (arts. 7, 48, 52, 59, 157, etc.), del establecimiento (art. 59) o de la residencia (arts. 65 ó 67) de una persona. En cualquier caso, sin embargo, debe destacarse que el recurso a un orden jurídico estatal no implica abandonar un planteamiento comunitario del problema, de manera que el derecho estatal considerado deberá trabajar en consonancia con los principios y los objetivos de las Comunidades.

Es lógico, por otra parte, que el léxico de los Tratados y del Derecho derivado coincida con el de alguno o algunos de los Estados miembros, pero ello no implica un reenvío a la legislación de tal o tales Estados e incluso debe destacarse el interés manifiesto del Tribunal de Justicia por elaborar conceptos autónomos, coadyuvando de esta manera a la creación de un verdadero acervo que puede a su vez —la interrelación de regímenes muestra nuevamente su eficacia— ser tomado en consideración por los intérpretes nacionales a la hora de trabajar sobre los mismos conceptos, tanto en supuestos heterogéneos cuanto homogéneos, lo que contribuye notablemente al progresivo establecimiento de una terminología y una cultura jurídica común<sup>19</sup>.

10. Las reflexiones anteriores, centradas en el análisis de las interrelaciones entre los regímenes institucional y autónomo, no pretenden —no es la sede adecuada— llevar a cabo un estudio sobre delimitación de competencias, estudio que correspondería más a una visión formal e intersistemática del Derecho internacional privado. Interesaba en este estadio mostrar cómo la integración de regímenes viene a paliar las deficiencias estructurales del régimen institucional tanto respecto a la creación de normas cuanto respecto a su interpretación y, sobre todo, mostrar hasta qué punto se identifica la incorporación de valores e intereses comunes en todos los regímenes a partir del elemento «protección de los derechos humanos». En definitiva, las Comunidades Europeas representan un esfuerzo conjunto de sus Estados miembros y por tanto es lógico pensar que su infraestructura jurídica sólo puede venir constituida por el patrimonio jurídico o por la tradición jurídica común de tales Estados.

---

<sup>18</sup> Vid. J.D. BREDIN, «Les conflits de lois en matière de contrats dans la Communauté Economique Européenne», *Journal de Droit International*, 1963, pp. 938 ss., y E. STEIN y P. HAY, «Legal Remedies of Enterprises in the European Economic Community», *American Journal of Comparative Law*, 1960, pp. 420 ss.

<sup>19</sup> Esta distinción entre materias atribuidas a la competencia de las instituciones —la interpretación y la integración de las lagunas debe referirse siempre a los principios generales del Derecho comunitario— y materias que vienen reservadas a los Estados miembros pero que presentan un interés, aun indirecto, con el Derecho comunitario —reenvío a un orden jurídico estatal determinado— aparece con claridad en la interpretación del Convenio de Bruselas realizada por el Tribunal de Justicia. Vid., al respecto, M. DESANTES REAL, «El Convenio de Bruselas y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: criterios de interpretación y orientaciones metodológicas», *La Ley (Comunidades Europeas)*, 1988-1, pp. 15-39.

### 3. Derecho internacional privado y conflictos entre el Derecho comunitario y los órdenes jurídicos de los Estados miembros

11. Tanto en la esfera intracomunitaria cuanto desde la perspectiva de las relaciones exteriores los conflictos entre el Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros repercuten directamente en las relaciones privadas internacionales. Esta repercusión no permite afirmar, sin embargo, que el Derecho internacional privado se vea automáticamente afectado, en la medida en que, por una parte, la actuación de los particulares podría ser simplemente pasiva al tratarse de una relación vertical entre un individuo y un Estado y que, por otra, y en todo caso, conviene afirmar la primacía del Derecho comunitario sobre los órdenes jurídicos internos. Así, por ejemplo, un acuerdo internacional celebrado en el marco de la política comercial común<sup>20</sup> que consagre la abolición de restricciones cuantitativas y de medidas de efecto equivalente entre los Estados miembros y los terceros Estados participantes implica una obligación para cada uno de ellos y al tiempo un derecho de los particulares a precaverse del acuerdo, diga lo que diga el derecho nacional —del foro o de un tercer Estado— cuyas normas imperativas resulten aplicables. Se trata de una relación eminentemente vertical —entre un particular, vendedor o comprador, por ejemplo, y un Estado— que repercute, evidentemente, en la ejecución del contrato: desde una perspectiva de métodos de reglamentación cabría hablar, por tanto —y con independencia de que consideremos que se trata de un problema que afecta al contenido del Derecho internacional privado o no— de «normas materiales imperativas especiales de Derecho internacional privado de origen supranacional» que resultan aplicables con primacía sobre las normas materiales imperativas especiales de Derecho internacional privado de origen autónomo del foro o de terceros Estados.

Obsérvese, sin embargo, que si el mismo Convenio —así, los firmados con los Estados de la A.E.L.C., con Israel o con Canadá— prevé la prohibición de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia que afecten al comercio entre la Comunidad y los Estados terceros firmantes su aplicación requiere una actitud activa de varios particulares —los participantes en el acuerdo o en la práctica—, comportamiento que es el que lesiona el derecho de otros particulares en sus relaciones privadas internacionales. Pese a ello, también aquí nos encontramos ante una normativa vertical, si bien esta vez matizada, en la medida en que el incumplimiento de las reglas de juego se produce por la actividad de los particulares, limitándose el Estado a aplicar el Derecho comunitario —en este caso, el acuerdo internacional— para sancionar a las empresas infractoras<sup>21</sup>. No resulta, por ello, totalmente ajeno al Derecho interna-

---

<sup>20</sup> La Comunidad ha desarrollado una extensa labor convencional con terceros países en el ámbito comercial, económico y de cooperación al desarrollo. Es evidente que esta labor tiene una repercusión notable en las relaciones privadas internacionales pero hasta la fecha los convenios de esta índole no contienen más que un interés marginal para el Derecho internacional privado en la medida en que básicamente establece obligaciones para los Estados.

<sup>21</sup> Así, si un contrato contiene una cláusula contraria a las normas sobre la competencia —por ejemplo, en un contrato de concesión exclusiva, una cláusula que prohíba las importaciones paralelas— la parte agraviada puede invocar la nulidad de tal cláusula ante los tribunales internos competentes.

cional privado —si bien no se integra entre sus materias específicas— la delimitación entre los respectivos ámbitos de actuación de la normativa comunitaria y de la correspondiente normativa interna<sup>22</sup>; en cualquier caso, los eventuales conflictos deben resolverse por aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario<sup>23</sup>. En fin, ello no implica el que en muchas ocasiones el Derecho internacional privado aparezca de modo colateral: el conflicto entre Derecho comunitario y derechos nacionales no es materia propia del Derecho internacional privado y es en realidad un conflicto de jerarquía o de competencias pero una vez resuelto la aplicación del Derecho comunitario implicará necesariamente realizar frecuentes alusiones a los derechos nacionales, correspondiendo al Derecho internacional privado determinar el orden jurídico aplicable para resolver cada cuestión.

#### 4. Las conexiones. Eficacia nacional y comunitaria

12. La normativa comunitaria no ha establecido una conexión específica —el estatuto del llamado «ciudadano comunitario» se encuentra todavía en estado embrionario, pese a haberse logrado ya ciertos progresos, especialmente a partir del TUE— aplicable a las personas con título para disfrutar del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios en todo el territorio de los Estados miembros. Los criterios clásicos —nacionalidad, domicilio y residencia habitual, principalmente— vienen fijados unilateralmente por cada Estado y extrapolados más tarde a la esfera comunitaria: así, un nacional francés, un residente en Italia o un domiciliado en España serán, respectivamente, nacional, residente y domiciliado en un Estado miembro de las Comunidades Europeas y residente y domiciliado en el territorio de las Comunidades Europeas a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario. Obsérvese, por tanto, que, si bien no existe técnicamente una conexión específica desde una perspectiva comunitaria, no es menos cierto que la localización de una de las mencionadas conexiones en un Estado miembro es utilizada por el Derecho comunitario para atribuir una serie de efectos predicables tanto en las relaciones verticales con un Estado determinado cuanto en las relaciones horizontales privadas intra y extra comunitarias, efectos que no se derivan tanto de la vinculación con el particular Estado cuanto de la vinculación con el territorio de la Comunidad: la conexión no es realmente, por ejemplo, la «nacionalidad», sino «nacionalidad de

---

<sup>22</sup> Vid., al respecto, D. LASOK y P. A. STONE, op. cit., p. 13.

<sup>23</sup> Por su parte, los conflictos entre el Derecho comunitario y el Derecho de terceros Estados miembros de un Convenio internacional se resuelven en los Estados miembros de la Comunidad Europea por la primacía del Derecho comunitario y en los terceros Estados por la primacía —si así puede deducirse de sus respectivas constituciones— del Convenio sobre el derecho interno. El verdadero conflicto de leyes se plantea en aquellos casos en que debe decidirse entre la aplicación del Derecho comunitario o de un orden jurídico de un tercer Estado en materias no sujetas a convenio internacional alguno: si el asunto se plantea con un Estado de la Comunidad, el TCEE debe ofrecer la respuesta, puesto que la autonomía del Derecho comunitario deriva de su personalidad propia y de la división de poderes y funciones entre las Comunidades Europeas y los Estados miembros, evitándose de esta manera lo que técnicamente conocemos como «conflictos de leyes»; la situación es impredecible, sin embargo, en el tercer Estado afectado.

un Estado miembro»<sup>24</sup>. Quizás fuera interesante, por tanto, indagar acerca de las relaciones entre Derecho internacional privado y Derecho comunitario a partir de los efectos de algunas de estas conexiones a nivel comunitario en las relaciones entre particulares: así, la nacionalidad (circulación de trabajadores, establecimiento, servicios, capitales), el domicilio (competencia judicial), la residencia (servicios, capitales), el país de origen o destino de los productos (mercancías, transportes), la afectación al comercio entre los Estados miembros (competencia), el impedir, falsear, etc. la competencia dentro del mercado común (competencia), el tener una posición dominante en el mercado común (competencia), el llevar a cabo prácticas de *dumping* dentro del mercado común (*dumping*), los productos de los demás Estados miembros (fiscalidad), etc. Ello permitiría comprender hasta qué punto los principios derivados del Derecho comunitario tiñen de caracteres específicos y modulan la presentación en sociedad de las conexiones clásicas utilizadas en los sistemas nacionales de Derecho internacional privado.

La empresa no es tarea fácil en la medida en que el TCEE se dirige principalmente a los Estados y ofrece determinados derechos y obligaciones a los particulares en sus relaciones con aquéllos y, tan sólo indirectamente, en las relaciones privadas. Es evidente que un contrato de compraventa internacional de mercaderías, por ejemplo, implicaría generalmente un flujo de mercancías y de pagos entre varios Estados: si ambos pertenecen a la Comunidad, las normas sobre libre circulación de mercancías y libre circulación de capitales deben constituir marco de referencia continua en tal relación privada, pero no por ello deja de tratarse de normas de carácter administrativo con doble fuente comunicativa y estatal, es decir, normas de *ius cogens* que las partes asumen como tal y que se siguen planteando en el marco de una relación vertical, es decir, de cada parte contratante con uno o varios Estados. Los problemas clásicos del Derecho internacional privado —los tribunales de qué Estado tienen competencia, qué disposiciones aplicarán a este supuesto heterogéneo, cómo se reconocerán en otros Estados los hechos, actos, decisiones, etc., provenientes de aquél— subsisten, de manera que las vías de análisis fructíferas y el interés del Derecho internacional privado en estas materias no debería incluir a) ni las normas que coadyuvan a la efectividad del principio de libertad de circulación, b) ni, desde una perspectiva *ad extra*, la aplicación extraterritorial y la incidencia de conexiones ex-

---

<sup>24</sup> Obsérvese que este detalle debe condicionar necesariamente la aplicación del artículo 7 TCEE y su incidencia en aspectos tan aparentemente ajenos como pudiera ser la virtualidad del artículo 4.2 del Convenio de Bruselas de 1968 contra un nacional de un Estado miembro domiciliado fuera de la Comunidad que es demandado por un ciudadano no comunitario domiciliado, por ejemplo, en Francia. Respecto al principio según el cual cada Estado miembro determina quiénes son sus nacionales y de que tal competencia debe ejercerse «respetando el Derecho comunitario», vid. Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992 (C-369/90, Micheletti, *Rec.*, 1992, pp. I-4239-4264) y el comentario de J. L. IGLESIAS BUHIGUES, «Doble nacionalidad y Derecho comunitario: a propósito del asunto C-369/90, Micheletti, Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992», en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Prof. M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 953-967. En otros casos, sin embargo, el Tribunal de Justicia ha interpretado autónomamente las conexiones: así, por ejemplo, la conexión «territorio en el que el vehículo tiene su estacionamiento habitual» [Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1992 (C-73/89), Fournier c. Van Werven y Organismo de control de seguros francés, sin publicar].

tracomunitarias en el territorio del mercado común. Se trata de materias que ciertamente tienen una repercusión práctica en las relaciones privadas y, sobre todo, de materias que utilizan las técnicas normativas del Derecho internacional privado —pensemos en los conflictos de leyes en materia de Seguridad Social, en los preceptos que configuran la situación de un ciudadano nacional de un Estado miembro en los otros Estados miembros o en la aplicación extraterritorial de las normas sobre la competencia—, es decir, de materias que resultan altamente formativas para un iusinternacionalprivatista pero que no pueden incluirse científicamente en el concepto estricto —mantenido en estas páginas— del Derecho internacional privado, donde el elemento relevante es el carácter privado de la relación<sup>25</sup>.

Sí parece lógico incluir entre las preocupaciones del Derecho internacional privado, sin embargo, cuestiones tales como las relativas a la determinación de la ley aplicable respecto a la participación de las Comunidades Europeas en sus actividades cotidianas de contratación o de responsabilidad contractual y extracontractual, las que versan sobre la normativa armonizada o uniforme aplicable directamente a las relaciones privadas internacionales —así, el contrato de seguro internacional de daños con riesgos localizados en el interior de la Comunidad o la fusión transfronteriza de empresas radicadas en su territorio— o las referidas a la actividad de las Comunidades Europeas en el proceso de codificación internacional del Derecho internacional privado. Destaca Badiali, en fin, una última dimensión: en aquellas materias sobre las que las Comunidades o no tienen competencia o no han legislado, es preciso establecer la normativa aplicable a través de las técnicas conocidas del Derecho internacional privado<sup>26</sup>. A mi modo de ver, esta referencia es más fructífera si se extiende a todos los conflictos causados por la existencia de normativa comunitaria y normativa nacional aplicables a un mismo supuesto, conflictos que recibirán un tratamiento específico y donde resulta especialmente relevante la actuación del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo B del TUE y 3 del TCE.

## 5. Incidencia del Derecho comunitario en la aplicación del Derecho público extranjero y de las normas imperativas del foro.

13. La existencia de las Comunidades Europeas ha multiplicado geométricamente el tráfico intracomunitario, multiplicando al tiempo en consecuencia la incidencia de las normas imprevistas de los Estados miembros —aplicables en tanto que *lex fori*, *lex contractus* o ley de un tercer Estado— en el desarrollo de las relaciones privadas internacionales. Una gran parte de estas disposiciones imperativas que afectan al orden público económico se han visto, sin embargo, elevadas a la categoría de normas comunitarias, con lo que se logra relativizar su aplicación en tanto que dere-

---

<sup>25</sup> Vid., en este sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, 1991, pp. 85-86. Ello no obstante, convendrá consagrar unas palabras a estos aspectos al final de la exposición.

<sup>26</sup> G. BADIALI, *Il diritto...*, cit., pp. 33 ss.

cho imperativo del foro o de un tercer Estado. Un ejemplo relativo a la libre circulación de mercancías puede ilustrar este razonamiento.

Al no haber finalizado todavía el plazo de incorporación de la Directiva 75/106 del Consejo sobre aproximación de legislaciones relativas al preacondicionamiento en volumen de ciertos líquidos en embalajes, el Tribunal de Justicia no pudo impedir en 1979 que, en un contrato entre un exportador francés y un importador inglés, las autoridades aduaneras del Reino Unido rechazaran la licencia de distribución de leche pasteurizada requerida por el *Milk and Dairies (General) Regulations 1959* al haberse presentado la leche en paquetes de un litro. Rescindido el contrato por la empresa inglesa, la francesa presentó demanda ante los tribunales de París por inejecución del contrato. Llevado el asunto en vía prejudicial al Tribunal de Justicia, la Sentencia de 12 de julio de 1979<sup>27</sup> consideró que la norma imperativa inglesa no contradecía —hasta el 31 de diciembre de 1979— el Derecho comunitario e invitó al tribunal francés a aplicar tal norma en tanto que Derecho imperativo extranjero, con independencia de cuál fuere la *lex contractus* aplicable al supuesto. Si, por el contrario, hubiere sido de aplicación directamente el Derecho comunitario, la legislación inglesa habría sido considerada como una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa y tanto los tribunales franceses cuanto los ingleses habrían obviado su aplicación. En definitiva, y respecto a todos los contratos que implican una importación, una exportación o un tránsito, la aplicación del régimen comunitario se incardina junto a la *lex fori*, a la *lex contractus* o a la *lex loci executionis* en tanto que norma imperativa directamente aplicable a la resolución del supuesto privado internacional<sup>28</sup>.

#### IV. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO PRIMARIO: RELACIONES HORIZONTALES DE TRAFICO PRIVADO INTERNACIONAL

##### 1. El Tratado de Roma y las obligaciones contractuales internacionales

14. La incidencia directa del Derecho comunitario primario —y, dentro de él, fundamentalmente del TCEE— en las obligaciones contractuales internacionales se

<sup>27</sup> Sentencia del TJCE de 12 de julio de 1979 (244/78, Union laitière normande, Union de coopératives agricoles c. French Dairy Farms Limited, *Rec.*, 1979, pp. 2663 ss.).

<sup>28</sup> Conviene distinguir con claridad esta aplicación de normas materiales especiales-imperativas de Derecho internacional privado del foro —sea cual fuere su fuente: autónoma, internacional o comunitaria— de supuestas normas de conflicto que proclamarían la aplicación de la ley del país de origen de la mercancía o del servicio. Así, por ejemplo, los tribunales españoles considerarán que a un producto de origen francés o en libre práctica en Francia le es aplicable en España el principio de libre circulación de mercancías porque así lo establece expresamente el artículo 10 TCEE —norma material especial de Derecho internacional privado del foro de origen comunitario— pero no por aplicación de la ley del país de origen, que jamás ha sido aplicada por el órgano jurisdiccional español, cuya función se limita a comprobar que en el país de origen el producto se encuentra en libre práctica.

centra en tres grupos de problemas: por una parte, por lo que hace referencia a su capacidad para contratar y a las consecuencias de tales contratos respecto a los derechos reales; por otra, y también desde una perspectiva global, al determinar la responsabilidad contractual de la Comunidad; en fin, respecto a los contratos laborales celebrados con personal auxiliar.

15. De acuerdo con el artículo 211 del TCEE —y de sus correspondientes, los artículos 6.3 del TCECA (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero) y 185 del TCEEA (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea para la Energía Atómica)—, las Comunidades tienen capacidad para adquirir y disponer sobre la propiedad de bienes muebles<sup>29</sup> e inmuebles<sup>30</sup>: «La Comunidad gozará en cada uno de los Estados miembros de la más amplia capacidad jurídica que las legislaciones nacionales reconocen a las personas jurídicas». En consecuencia, la capacidad de la Comunidad se rige en cada Estado de acuerdo con la *lex fori*, lográndose de esta manera asimilar la Comunidad a las sociedades más protegidas en cada Estado miembro pero renunciándose al tiempo a la consecución de un estándar común en materia de capacidad<sup>31</sup>.

Esta incertidumbre se acentúa respecto a los problemas relativos a la ley aplicable y a la calificación de un bien como mueble o inmueble. La referencia del artículo 211 mencionado a «en cada Estado miembro» parece indicar una presunción de conocimiento —competencia judicial internacional— por el Estado miembro afectado, lo que implicaría sin duda la aplicación de la *lex rei sitae*, es decir, una norma de conflicto multilateral implícita en el propio artículo 211 —incardinada, por tanto, en el sistema de Derecho internacional privado comunitario, no en el de los Estados miembros—, cuyo contenido es similar a la norma generalmente admitida en los órdenes jurídicos nacionales. En fin, el TCEE no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros —artículo 222 TCEE— pero la Comunidad sí interviene en realidad en tal régimen a través del juego de las libertades, que impi-

---

<sup>29</sup> Vid., respecto a los contratos relativos a bienes muebles, Sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1986 (220/85, *Fadex NV c. Comisión*, *Rec.* 1986, pp. 3387 ss.). La Comunidad es parte en multitud de contratos de prestación y, sobre todo, de recepción —reservas de hoteles, billetes de avión, etc.— de servicios.

<sup>30</sup> Cualitativamente los contratos más importantes en los que participa la Comunidad se refieren a bienes inmuebles. En caso de surgir una diferencia, y dado que la Comunidad tiene capacidad para litigar, serán competentes para resolver sobre los aspectos reales del contrato los tribunales del Estado del lugar de situación del bien en aplicación del artículo 16.1.º del Convenio de Bruselas, de modo que el Tribunal de Justicia tan sólo podrá intervenir a partir de una cuestión prejudicial.

<sup>31</sup> Cuestión distinta es la determinación del *status* jurídico de las Comunidades Europeas en relación con el de los Estados miembros. Y ello es así porque, pese a la dicción del artículo 211 TCEE, del artículo 6.3 TCECA y del artículo 185 TCEEA, ya mencionados, no parece tan sencillo argumentar que poseen el mismo *status* que los Estados miembros. De hecho, el TJCE declaró inválida una decisión de la Comisión que consideraba a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero como acreedora privilegiada en la quiebra de una sociedad, atribuyéndole la misma condición de la que gozaba el Estado italiano [Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1983 (168/82), *CECA c. Sín dico de Ferreire Sant'Anna*, *Rec.*, 1983, pp. 1681 ss.]. Vid. este tema desarrollado en D. LASOK y P. A. STONE, *op. cit.*, p. 17.



den la adopción de medidas discriminatorias respecto al régimen de acceso a la propiedad<sup>32</sup>.

16. El artículo 215 del TCEE —al igual que los artículos 40.3 del TCECA y 188.1 del TCEEA— establece una norma de conflicto según la cual la responsabilidad contractual de la CEE vendrá gobernada por la ley aplicable al contrato en cuestión.

Las diferencias surgidas en los contratos en los que intervenga la Comunidad deben ser resueltas por los tribunales internos que resulten competentes (art. 183 del TCEE), tribunales que acudirán, lógicamente, a sus normas de conflicto para determinar la ley aplicable. Sin embargo, el artículo 181 del TCEE prevé la posibilidad de que las partes acudan en estos casos al Tribunal de Justicia en calidad de árbitro, lo que dificulta notablemente la cuestión de determinar la ley aplicable. Generalmente existirá un acuerdo al respecto entre las partes designando un orden jurídico determinado o aquél que guarde más conexiones con el contrato, en cuyo caso habrá que determinar con carácter previo de la validez de tal acuerdo. El problema, sin embargo, es más complejo en el caso de que las partes no hayan manifestado voluntad alguna, dado que el Tribunal de Justicia no puede ampararse en las normas de conflicto de un orden jurídico nacional concreto. D. LASOK y P. A. STONE<sup>33</sup> proponen como solución la elaboración de un sistema autónomo de normas de conflicto que siga fielmente el contenido del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>34</sup>.

17. Amén de la contratación de funcionarios —sobre la que convendrá pergeñar varios datos relevantes más adelante—, las tres Comunidades emplean también personal auxiliar, rigiéndose en tal caso la relación no por el estatuto de funcionarios sino por un orden jurídico nacional. La exposición de dos decisiones del Tribunal de Justicia en esta materia permite atisbar ciertos principios sobre la localización del orden jurídico competente.

---

<sup>32</sup> Este tema ha sido desarrollado, a través de numerosos ejemplos, por S. LASOK y P. A. STONE, *op. cit.*, pp. 66-67.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>34</sup> Es posible, en efecto, apuntar atisbos de tal sistema en varias decisiones del Tribunal de Justicia. Así, un contrato entre la CEEA y un trabajador de una instalación de energía atómica de la CEEA radicada en Italia contenía una cláusula de sometimiento a la competencia del Tribunal de Justicia —en virtud del artículo 153 del TCEEA, equivalente al 181 del TCEE— y otra cláusula que establece la ley italiana como *lex contractus*, ley que, efectivamente, fue aplicada de oficio por el Tribunal [Sentencia de 7 de diciembre de 1976 (23/76), Luigi Pellegrini c. Comisión, *Rec.* 1976, pp. 1807 ss.]. En fin, en otro contrato relativo a la construcción de diversos inmuebles para la CEEA el Tribunal de Justicia debía decidir entre el derecho belga —elegido por las partes— o el derecho italiano —el que reunía mayores contactos— ante la demanda presentada por la Comisión contra los constructores, que habían abandonado la obra: la Comisión propugnaba la primera respuesta en tanto que los constructores reclamaron la aplicación de la ley italiana como *lex domicilii* del demandado y *lex loci executionis*, arguyendo además que el contrato hacía referencia a determinados artículos del Código civil italiano; el Tribunal aplicó la ley belga, dando con ello la razón a la Comisión [Auto de 28 de abril de 1982 (318/81 R) Comisión c. CO.DE.MI., *Rec.* 1982, pp. 1325].

Teresita Pace trabajó dando clases de italiano de 1963 a 1981 en Italia en un centro adscrito a la CEEA. El contrato contenía una cláusula expresa de sometimiento al Tribunal de Justicia y al derecho italiano, por lo que, cuando se le notificó que ya no se requerían sus servicios, la señora Pace reclamó alegando que, de acuerdo con el derecho italiano, su relación laboral era de carácter indefinido, lo que le garantizaba los mismos derechos que la ley italiana otorgaba a un trabajador de dichas características. El Tribunal se declaró competente y aplicó, tal como se le demandaba, el derecho italiano, si bien no especificó si lo hacía en calidad de ley elegida por las partes o de ley del Estado de prestación de los servicios<sup>35</sup>.

Años después la Comisión dio por terminado un contrato de prestación de servicios con el doctor Klein, contrato que había venido renovándose durante veinticinco años y que contenía una cláusula de sumisión al Tribunal de Justicia y a la ley belga. El médico afectado reclamó una pensión de acuerdo con el Derecho comunitario, alegando que la referencia al Derecho belga era nula porque se trataba de un contrato concluido en la categoría de contratos laborales comunitarios gobernados por normas comunitarias. El Tribunal, sin embargo, estimó que no se trataba de un contrato comunitario sino de un contrato de prestación de servicios: aplicado el derecho belga, la pensión fue denegada<sup>36</sup>.

## 2. El tratado de Roma y las obligaciones no contractuales internacionales

18. Tiene también interés desde la perspectiva del Derecho internacional privado el análisis de los problemas relativos a la ley aplicable a la responsabilidad no contractual de las Comunidades Europeas. Si no plantea problemas el capítulo referido a la competencia judicial —el artículo 178 del TCEE establece que «El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre la Comunidad y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca su estatuto o que resulten del régimen que les sea aplicable»—, más compleja parece la interpretación del párrafo segundo del artículo 215, según el cual «En materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

El Tribunal de Justicia ha interpretado este precepto desde una perspectiva práctica, sin entrar en los Fundamentos de Derecho de las sentencias en excesivas disquisiciones de Derecho comparado<sup>37</sup>, lo que ha llevado a autores como D. Lasok y

<sup>35</sup> Sentencia del TJCE de 1 de julio de 1982 (109/81, Teresita Porta, casada Pace c. Comisión, *Rec.* 1982, pp. 2469 ss.).

<sup>36</sup> Sentencia del TJCE de 20 de junio de 1985 (123/84, Klein c. Comisión, *Rec.* 1985, pp. 1907 ss.).

<sup>37</sup> Debe destacarse, no obstante, el extraordinario valor del Derecho comparado en los trabajos del Tribunal, Derecho comparado que se manifiesta en un doble nivel: por una parte, mediante un análisis comparativo de los órdenes jurídicos nacionales en la materia afectada; por otra —y éste es el apartado fundamental, pues el anterior no es Derecho comparado sino «actividad consistente en comprar Derechos» o en «poner un Derecho al lado del otro»—, al inducir de tal investigación una serie de principios generales reconocibles en todos ellos, principios que afectan principalmente al procedimiento, a la protección de

P. A. Stone a afirmar que en realidad el Tribunal trabaja más por intuición que por sistemática comparación y búsqueda entre las legislaciones de los Estados miembros de las soluciones más acordes con el Derecho comunitario<sup>38</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que un repaso a la abundante jurisprudencia del Tribunal permite reconocer el recurso a conocidos principios —igualdad, protección de los derechos adquiridos, expectativas legítimas, buena fe y fuerza mayor—, principios que no empecen el mantenimiento de la autonomía del Derecho comunitario. Puede concluirse, en cualquier caso, que el párrafo segundo del artículo 215 del TCEE no es una verdadera norma de conflicto y que la referencia a los ordenamientos internos es tan sólo indirecta y a los afectos de la enunciación de normas específicas derivadas del Derecho comunitario, puesto que el Tribunal crea en realidad sus propias normas a partir de la experiencia común de los Estados miembros.

19. Amén de la responsabilidad por daños causados por las instituciones comunitarias, la jurisprudencia mayoritaria se orienta hacia el tratamiento de la responsabilidad por daños causados por los funcionarios en «faltas de servicio»<sup>39</sup>. La evaluación de los daños se lleva a cabo generalmente de acuerdo con la *lex fori*, pero dado que es el Tribunal de Justicia el que está conociendo la *lex fori* será el Derecho comunitario y el Tribunal deberá decidir en aplicación de los principios generales comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. De esta manera, los jueces de Luxemburgo han sentado una doctrina clara estableciendo que los daños deben ser específicos, concretos, ciertos, previsibles y referidos directamente a la infracción probada, pudiendo ser la cantidad evaluable objetivamente y ofreciéndose generalmente a las partes la posibilidad de llegar a un acuerdo<sup>40</sup>.

---

los derechos individuales o a los métodos de interpretación y que pueden corresponder bien al Derecho comunitario (por ejemplo, los relativos a la no discriminación), bien a los Derechos nacionales (por ejemplo, la buena fe, la proporcionalidad, etc.). Vid., al respecto, P. PESCATORE, «Les recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes et les normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1980, pp. 337 ss. y J. A. Usher, «The Influence of National Concepts on Decisions of the European Court», *European Law Review*, 1976, pp. 359 ss.

<sup>38</sup> D. LASOK y P. A. STONE, *op. cit.*, p. 45.

<sup>39</sup> Coniene distinguir claramente, recogiendo la clásica elaboración francesa, entre «faute de service» y «faute personnelle», puesto que tan sólo la primera implica la responsabilidad de la Comunidad; la responsabilidad del funcionario por faltas personales se rige en cada Estado por sus respectivas normas de conflicto.

<sup>40</sup> Vid., entre otras, las Sentencias de 14 de julio de 1967 (5-7, 13-24 y 30/66, Kampffmeyer c. Comisión, *Rec.* 1967, pp. 317 ss.), 13 de noviembre de 1973 (63-69/72, Hansamühle y otros c. Consejo, *Rec.* 1973, pp. 1229 ss.), 14 de mayo de 1975 (74/74, CNTA c. Comisión, *Rec.* 1975, pp. 533 ss.), 17 de marzo de 1976 (67-85/75, Lasieur c. Comisión, *Rec.* 1976, pp. 391 ss.), 21 de mayo de 1976 (26/74, Soc. Roquette c. Comisión, *Rec.* 1976, pp. 677 ss.), 2 de junio de 1976 (56-60/74, Kampffmeyer c. Comisión y Consejo, *Rec.* 1976, pp. 711 ss.), 2 de marzo de 1977 (44/76, Milch c. Comisión, *Rec.* 1977, pp. 393 ss.), 4 de octubre de 1979 (238/78, Ireks-Arkady c. Consejo y Comisión, *Rec.* 1979, pp. 2955 ss.), 4 de octubre de 1979 (241, 242, 245-250/78, DGV c. Comisión, *Rec.* 1979, pp. 3017 ss.), 4 de octubre de 1979 (261, 262/78, Interquell Starke-Chemie y Diamalt c. Consejo y Comisión, *Rec.* 1979, pp. 3045 ss. y *Rec.* 1982, pp. 3271 ss.), 4 de marzo de 1980 (49/79, Pool c. Consejo, *Rec.* 1980, pp. 569 ss.), 15 de septiembre de 1982 (106/81, Julius Kind c. CEE, *Rec.* 1982, pp. 2885 ss.) y 19 de mayo de 1982 (64 y 113/76,

### 3. Problemas relativos al Derecho aplicable en la normativa sobre funcionarios

20. La ejecución de las competencias atribuidas a cada una de las tres Comunidades Europeas impone la contratación permanente o temporal de un personal, como acontece con cualquier otra organización internacional. Los contratos celebrados con carácter permanente vienen regidos, en principio, por la normativa relativa a los funcionarios —sea cual fuere el Estado miembro donde efectivamente se prestan los servicios— y los posibles conflictos son resueltos directamente por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

21. La regulación comunitaria relativa a los funcionarios no contempla, sin embargo, todas las posibles situaciones que pueden originar discrepancias entre las Comunidades y sus trabajadores, lo que obliga a asimilar técnicas bien conocidas en Derecho internacional privado desde una quíntuple perspectiva.

a. Aparece siempre, en primer lugar, una cuestión previa —el funcionario debe ser nacional de un Estado miembro—, cuestión previa que en realidad es un requisito para la válida celebración del contrato y que vendrá resuelta por los órdenes jurídicos de los diferentes Estados miembros, soberanos para decidir a qué personas otorgan su nacionalidad<sup>41</sup>.

b. En otras ocasiones, un orden jurídico interno debe ser tomado en consideración como condición para la aplicación de las normas comunitarias relativas a los funcionarios. Así, por ejemplo, éstas prevén que la pensión por viudedad se repartirá entre el cónyuge superviviente y los potenciales excónyuges, si bien a estos últimos no podrá corresponderles una cantidad superior a la que tengan asignada en la sentencia de divorcio, lo que implica un obligado recurso a esta última. Planteado un asunto de estas características ante el Tribunal de Justicia y dado que la sentencia de divorcio no asignaba pensión alguna pero el marido había efectivamente satisfecho regularmente una cantidad, los jueces de Luxemburgo entendieron que —de acuerdo con el derecho alemán, a la sazón aplicable al divorcio— se trataba de un acuerdo implícito entre los cónyuges y por ello otorgaron a la excónyuge una pensión de viudedad por tal cantidad<sup>42</sup>.

---

167 y 239/78 y 27, 28 y 45/79, Dumortier Frères c. Consejo, *Rec.* 1982, pp. 1733 ss.). Otra cuestión interesante —pero que nos aleja del estricto objeto del presente trabajo— es la del establecimiento de las competencias respectivas del Tribunal de Justicia y de los tribunales nacionales en la materia: vid., al respecto, F. GRÉVISSE, J. D. COMBEXELLE y E. HONORAT, «Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des Etats membres dans l'élaboration et dans la mise en oeuvre du droit communautaire: compétences respectives de la Cour de Justice des Communautés européennes et des juridictions nationales», en *Hacia un orden...*, *op. cit.*, pp. 933-952.

<sup>41</sup> La Sentencia dictada en el asunto Micheletti (*cit. supra*) es fiel reflejo de la afirmación anterior.

<sup>42</sup> Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1972 (24/71, Meinhardt c. Comisión, *Rec.* 1972, pp. 269 ss.). Apuntan D. LASOK y P. A. STONE (*op. cit.*, p. 15), por su parte, una posible situación en la que previsiblemente se planteará un problema conflictual de difícil solución habida cuenta la inexistencia de un sistema comunitario de normas de conflicto: si en el supuesto anterior la sentencia hubiere sido dictada por los tribunales de un Estado distinto del de la nacionalidad común de los esposos, ¿vendría resuelta la cuestión previa aludida —existencia o no de una pensión como consecuencia del divorcio— por el orden jurídico del Estado donde se dictó la sentencia o por el de la nacionalidad común?

c. El Tribunal de Justicia podría, en tercer lugar, verse también compelido en un asunto referente al personal contratado por las Comunidades a determinar cómo cuestión previa una filiación o las consecuencias de una filiación. El interés del hijo, recogido claramente en la práctica totalidad de las Constituciones de los Estados miembros, parece aconsejar una conexión flexible —nacionalidad o residencia del hijo— de carácter sustantivo<sup>43</sup>.

d. El recurso a la normativa nacional para resolver una cuestión previa puede afectar también al cumplimiento de los requisitos necesarios para ser aceptado a un concurso de funcionario. Recientemente el Tribunal ha debido conocer de un asunto de este tipo al interpretar el concepto «posesión de un diploma universitario» —en el caso de autos se trataba del reconocimiento de los estudios de derecho cursados en el ICADE— resolviendo que es el concepto que se obtenga de la aplicación del orden jurídico del Estado donde el candidato haya cursado tales estudios<sup>44</sup>.

e. En alguna ocasión, en fin, el Tribunal de Justicia no ha llegado a determinar el derecho aplicable, resolviendo el problema directamente a partir de un análisis de los hechos. Así, en la Sentencia de 22 de septiembre de 1983<sup>45</sup> se trataba de determinar, a los efectos de la percepción del seguro correspondiente, si el fallecimiento de un funcionario como consecuencia de un accidente en su avioneta privada se había producido o no como consecuencia de una negligencia manifiesta. Si bien el Abogado General SLYNN propugnó el recurso al Convenio de Varsovia de 1929 y al Protocolo de La Haya de 1955 como ley aplicable —lo que hubiera supuesto una interesante experiencia de aplicación de dos textos internacionales en calidad de «uso privado generalmente reconocido»—, el Tribunal prefirió estudiar objetivamente los hechos y resolvió directamente a partir de ellos.

#### 4. Derecho comunitario y Derechos nacionales en materia de procedimiento

22. Dos aspectos relativos al procedimiento plantean problemas interesantes que afectan al ámbito de aplicación del Derecho comunitario y de los órdenes jurídicos nacionales de los Estados miembros: por una parte, el procedimiento de ejecución en los Estados miembros de las decisiones del Consejo y de la Comisión y de las sentencias del Tribunal de Justicia que imponen obligaciones pecuniarias a las personas; por otra, el procedimiento para elevar cuestiones prejudiciales al Tribunal.

---

<sup>43</sup> Vid., respecto a la conveniencia de tal conexión flexible en materia de filiación, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS (en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 5.ª ed., Madrid, 1993, pp. 501 ss.). En contra, defendiendo la *lex patriae* del padre o de la madre, D. LASOK y P. A. STONE, *op. cit.*, p. 16.

<sup>44</sup> Sentencia del T.J.C.E. de 13 de julio de 1989 (108/88, J. Jaenicke c. Comisión, *Rec.* 1989, pp. 2711 ss.).

<sup>45</sup> Sentencia del T.J.C.E. de 22 de septiembre de 1983 (23/81, Comisión c. Royale belge, *Rec.* 1983, pp. 2685 ss.).

23. En la ejecución forzosa en los Estados miembros de las decisiones y las sentencias aludidas deben distinguirse con claridad, de acuerdo con el artículo 192 del TCEE, dos aspectos: el trámite de consignación de la orden de ejecución y el procedimiento estricto de ejecución. Las decisiones de la Comisión y del Consejo y las sentencias del Tribunal son títulos ejecutivos por sí mismos, pero cada Estado debe nombrar una autoridades nacionales encargadas de consignar la orden de ejecución, autoridades que deben limitarse a comprobar la autenticidad del título. Cumplidas estas formalidades, el interesado podrá promover la ejecución recurriendo al órgano competente —respecto a la ejecución en España son exclusivamente competentes los tribunales españoles, por aplicación de los artículos 16.5 del Convenio de Bruselas y 22.1.º de la LOPJ— y reclamando la aplicación de las normas sobre procedimiento civil vigentes en el Estado en cuyo territorio se lleve a cabo.

24. Por su parte, las normas sobre procedimiento relativas a las cuestiones prejudiciales son las Reglas de Procedimiento del Tribunal de Justicia, pero los pasos iniciales que conducen a la formulación de la cuestión y los que suponen más adelante la aplicación de la sentencia del Tribunal corresponden a las normas sobre procedimiento de la *lex fori*. En fin, es conocido que los árbitros no pueden referir cuestiones prejudiciales al Tribunal<sup>46</sup>, que el concepto de «tribunal» a los efectos de la aplicación del artículo 177 del TCEE viene determinado por cada derecho nacional y que el procedimiento de referencia y de aplicación de la sentencia del tribunal de Justicia también es nacional, con lo que existe falta de uniformidad y gran variedad de prácticas<sup>47</sup>.

## 5. Técnicas del Derecho internacional privado en la normativa comunitaria sobre la competencia

25. La aplicación de las normas comunitarias sobre defensa de la competencia no requiere que las prácticas prohibidas deban ser perpetradas en el territorio comunitario o que las empresas participantes se encuentren establecidas en sus fronteras. El único requisito es que los efectos de tales prácticas distorsionen el tráfico intra-comunitario: no es necesario, por tanto, que el contrato contenga en sí mismo un elemento internacional —es suficiente con que la actividad pueda, actual o potencialmente, afectar al comercio entre los Estados miembros— pero los efectos de tales

---

<sup>46</sup> Sentencia del T.J.C.E. de 22 de marzo de 1982 (102/81, Nordsee c. Reederei Mond, *Rec.* 1982, p. 1095).

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, no existe uniformidad respecto a si la apelación a un órgano jurisdiccional superior de la decisión de elevar una referencia al Tribunal de Justicia suspende o no tal referencia, pero el Tribunal de Justicia conocerá del asunto aunque las normas procesales internas digan lo contrario (Sentencia del TJCE de 6 de abril de 1962, 13/61, De Geus c. Bosch, *Rec.* 1962, pp. 89 ss.) y sólo dejará de conocer si un tribunal superior en apelación decide rechazar la petición (Sentencia del TJCE de 16 de enero de 1974 (166/73, Rheinmuhlen Dusseldorf c. EVGF, *Rec.* 1974, p. 33), y Sentencia del TJCE de 12 de febrero de 1974 (146/73, Rheinmulen Duseeldorf c. EVGF, *Rec.* 1974, p. 139).

normas son perfectamente extraterritoriales<sup>48</sup>. No debe extrañar, en consecuencia, que el principio de extraterritorialidad esté ampliamente asumido por el Tribunal de Justicia, de manera que tanto la Comisión cuanto el Tribunal tienen competencia para reprimir las prácticas de empresas no establecidas en la Comunidad aplicando para ello la *lex fori*, es decir, el Derecho comunitario. Puede presumirse, por tanto, la existencia de una norma unilateral que determina la aplicación de la *lex fori* respecto de las prácticas restrictivas que tengan efectos en el territorio de los Estados miembros.

26. El razonamiento anterior permite concluir que, salvo respecto a la posibilidad prevista en el artículo 88 del Tratado, el Derecho comunitario de la competencia no posibilita la referencia directa a los derechos nacionales, lo que excluye en principio los conflictos de leyes. Los tribunales internos aplicarán tales normas en tanto que normas imperativas incardinadas en la *lex fori*, normas que se aplican incluso a supuestos internos en la medida en que los acuerdos puedan afectar al tráfico intra-comunitario, de modo activo o pasivo, potencial o actual.

Con todo —y éste es, probablemente, el detalle de más valor—, un análisis más detenido debe establecer alguna matización en la afirmación anterior: el sistema está cuajado —inevitablemente— de referencias indirectas a las normativas nacionales, y es aquí donde entra en liza claramente el Derecho internacional privado. Así, por ejemplo, la determinación de la nulidad del acuerdo se refiere directamente a aquellos aspectos incompatibles con los respectivos apartados 1 de los artículos 85 y 86 pero las consecuencias de tal nulidad respecto al resto del contrato vienen determinados por el orden jurídico declarado aplicable por los tribunales internos que resulten competentes<sup>49</sup>. Es posible, por tanto, distinguir los aspectos nulos y válidos del contrato<sup>50</sup>, pudiendo la cláusula anticompetencial afectar no sólo al contrato sino también a sus efectos reales y a la responsabilidad delictual<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Interesa destacar que en caso de conflicto entre la aplicación de las normas comunitarias o las nacionales prevalecen aquéllas. No se trata, sin embargo, de un verdadero conflicto de leyes sino de un problema de distribución de competencias. Las relaciones entre las legislaciones nacionales y el Derecho comunitario vienen definidas por los reglamentos y las directivas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (art. 87.2.e) y, en su ausencia, por la *lex fori*, matizada por los artículos 85 y 86 (art. 88).

<sup>49</sup> Así lo ha declarado taxativamente el Tribunal de Justicia. Vid., entre otras, la Sentencia del TJCE de 30 de junio de 1966 (56/65, S.M.T. c. Maschinenbau Ulm, *Rec.* 1966, pp. 337 ss.).

<sup>50</sup> Vid. la Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966 (56, 58/64, Consten y Grundig c. Comisión, *Rec.*, 1966, pp. 429 ss.).

<sup>51</sup> Otro ejemplo de referencia al derecho interno aparece en la definición comunitaria de empresa pública, definición proporcionada por la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DOCE L 295 de 29 de julio de 1980, p. 35) como toda empresa sobre la que las autoridades públicas pueden ejercer directa o indirectamente una influencia dominante en virtud de un derecho de propiedad, de su participación financiera o de las normas que la gobiernan. Determinadas empresas públicas pueden quedar exentas de las normas sobre la competencia si su aplicación impide, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada (art. 90.2 TCEE): el Tribunal de Justicia ha matizado el precepto descendiendo a ejemplos concretos, pero los diferentes derechos nacionales tienen todavía gran relevancia a la hora de determinar los presupuestos de esta exención.

## V. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO DERIVADO. RELACIONES HORIZONTALES DE TRAFICO PRIVADO INTERNACIONAL

### 1. Introducción. Técnicas normativas

27. Si el análisis de la relevancia de las fuentes primarias del Derecho comunitario en la configuración de los diferentes sistemas estatales de Derecho internacional privado de los Estados miembros resulta necesariamente puntual, mucho más acusado valor presenta el Derecho comunitario derivado desde una cuádruple perspectiva: por una parte, como configurador de normas típicas de Derecho internacional privado estatal, tanto en el estadio de la competencia judicial internacional cuanto en el de la ley aplicable y en el del reconocimiento de decisiones extranjeras<sup>52</sup>; por otra, como elemento clave en la función armonizadora y/o uniformadora que permite resolver y/o superar los conflictos de leyes<sup>53</sup>; en tercer lugar, la actuación del Derecho comunitario en esta labor armonizadora y/o uniformadora implica a su vez un mayor control en la aplicación común de normas imperativas<sup>54</sup> y facilita notablemente la información, prueba y aplicación del Derecho extranjero<sup>55</sup>; en fin, el progresivo proceso de «comunitarización» de sectores del Derecho privado —en especial, del Derecho económico— no permite concluir que el sistema de Derecho internacional privado estatal quedará un día superado —la uniformación total es im-

<sup>52</sup> La identificación de algunas de estas normas constituirá el esfuerzo principal del presente apartado.

<sup>53</sup> La determinación de la ley aplicable a una relación privada internacional intracomunitaria —pensamos, por ejemplo, en un contrato de agencia comercial internacional— constituye un aspecto fundamental si no hay armonización, un aspecto de menor relevancia si existe una directiva de armonización y un aspecto casi irrelevante —salvo en caso de aplicación divergente, pese a existir una interpretación uniforme garantizada por el Tribunal de Justicia— si es posible contar con un reglamento uniformador.

<sup>54</sup> Así, una cláusula de prohibición de importaciones paralelas incluida en un contrato de concesión en exclusiva regido por el Derecho belga es una cláusula nula —sea cual sea el tribunal de un Estado miembro de las Comunidades Europeas que resulte competente— por aplicación del Reglamento 1983/83, que forma parte tanto del Derecho belga cuanto del Derecho español.

<sup>55</sup> Así, y con carácter previo a un proceso de armonización de legislaciones, la Comisión y el Parlamento Europeo, entre otros, llevan a cabo un elaborado trabajo de recopilación, estudio, comparación y difusión de la regulación de un determinado instituto en los Estados miembros. Estos estudios permiten subrayar las diferencias y las afinidades entre las diversas normativas nacionales y son una herramienta de trabajo preciosa en el posterior trabajo armonizador (vid., por ejemplo, el *Informe de la Comisión sobre el estudio comparativo de las normas relativas a las condiciones laborales en los Estados miembros* (Com. (89) 360 final y resumen publicado en *Repertorio Comunidad Europea Aranzadi*, diciembre 1989, pp. 399-408) o el *Informe elaborado por la Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos del Parlamento Europeo sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros* (PE DOC A 2-157/89). Su publicación contribuye también notablemente, por otra parte, a desdramatizar la aplicación del Derecho extranjero en las relaciones intracomunitarias (así, por ejemplo, el primero de los Informes mencionados pone de manifiesto que la plena capacidad para contratar se alcanza a los dieciocho años en todos los Estados miembros pero que la edad mínima de admisión al trabajo en unos Estados es de dieciséis años —Francia, España y el Reino Unido— en otro de catorce —Portugal— y en los demás de quince), aplicación que resulta más sencilla a partir de la incorporación de la correspondiente directiva en cada Estado miembro.



posible e indeseable— pero sí justifica una incipiente reflexión acerca de la posibilidad de comenzar a romper con las ataduras doctrinales que sólo justifican un sistema de Derecho internacional privado a partir de la existencia de Estados soberanos para plantear la hipótesis de la incipiente realidad de un Derecho internacional privado comunitario referido al ámbito de materias en las que las Comunidades Europeas gozan de competencia exclusiva<sup>56</sup>. Con todo, hay que admitir que el proceso de codificación del Derecho internacional privado en el seno de las Comunidades Europeas está muy avanzado en los ámbitos de los conflictos de jurisdicciones y del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales pero se está realizando de un modo parcial y muy fragmentario —en función de la urgencia de armonización o uniformación de cada sector— en el ámbito de los conflictos de leyes<sup>57</sup>.

28. La repercusión del Derecho comunitario en los sistemas estatales de Derecho internacional privado se formaliza a través de técnicas normativas diversas que pueden clasificarse en dos grandes grupos: por una parte, los convenios internacionales entre los Estados miembros o en los que participan los Estados miembros; por otra, las técnicas genuinamente comunitarias, es decir, las que se integran en actos de las instituciones de las Comunidades Europeas, muy particularmente los reglamentos y las directivas consagrados en el artículo 189 del TCEE. La idoneidad de la técnica elegida constituye todavía hoy, como veremos, uno de los argumentos claves de la discusión.

Los convenios internacionales entre los Estados miembros han sido y son utilizados con desigual éxito: si bien deben indudablemente su razón de ser al proceso integrador desarrollado como consecuencia de la existencia de las Comunidades Europeas, su principal problema radica, como veremos, en su propia naturaleza. Por su parte, los reglamentos y las directivas, aunque tienen como finalidad, respectivamente, la uniformación y la armonización —es decir, normas materiales—, contienen también en ocasiones normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones. En fin —y este detalle, a menudo obviado, es de la máxima importancia—, es posible localizar un amplio elenco de normas cuyo ámbito de aplicación implica necesariamente la existencia de una situación privada internacional y en tal medida constituyen normas materiales especiales de Derecho internacional privado, normas que, *ad abundantiam*, verán generalmente reducido su espectro a las relaciones privadas intracomunitarias<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> No es ésta, como se ha anunciado, más que una hipótesis de trabajo, puesto que el núcleo de la reflexión desarrollada en estas páginas parte de la premisa de que las normas estudiadas, bien que pertenecientes al Derecho comunitario, se integran en el régimen institucional de los diferentes sistemas estatales de Derecho internacional privado.

<sup>57</sup> Vid., en este sentido, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *loc. cit.*, p. 807.

<sup>58</sup> En el mismo marco general de la cooperación las instituciones de las Comunidades intervienen en multitud de ocasiones sobre materias muy dispares relacionadas con el tráfico privado intracomunitario: sirven como ejemplo la Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia (87/C/176/02), la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia (Doc. A 2-152/86) o la reciente Resolución del Parlamento Europeo sobre secuestro de niños, de 9 de marzo de 1993 (DOCE C 115 de 26 de abril de 1993), donde el Parlamento «pide a la Comisión que le presente una comunicación en la que se examinen todos los aspectos del secuestro internacional de niños en un espacio europeo sin fronteras y en la que se estudie la posibilidad de promover un instrumento comunitario específico».

## 2. Los convenios internacionales y el Derecho internacional privado. Dimensiones *ad intra* y *ad extra* del Derecho internacional privado de las Comunidades Europeas

29. La técnica convencional es hoy severamente censurada como instrumento normativo intracomunitario. Probablemente uno de los factores de esta crisis radique en la propia naturaleza del instrumento convencional, naturaleza confusa en atención a una multiplicidad de factores, entre los que podrían destacarse los siguientes: *a*) debe, por una parte, ser negociado, firmado y —tal es el punto de partida, al menos— ratificado por todos los Estados miembros; *b*) puede, por otra, entrar en vigor paulatinamente y con relativa rapidez exigiendo tan sólo varias ratificaciones, decisión ésta que atenta contra el espíritu de uniformidad en la esfera comunitaria que en última instancia lo justifica, o verse eternizado al requerir la aceptación unánime, lo que constituye un proceso desalentador por su lentitud —cuando entra en vigor han pasado tantos años que muchos de sus preceptos, e incluso su razón de ser y sus objetivos, han sido superados por la evolución de la doctrina y por la práctica—; *c*) es susceptible en ocasiones, en tercer lugar, de denuncias y de reservas —si bien últimamente se ha puesto de manifiesto que estas últimas no deberían ser factibles o deberían reducirse a las estrictamente necesarias<sup>59</sup>—; *d*) puede, en cuarto término, ser incluso traicionado en aquellos Estados —por ejemplo, el Reino Unido— que deben incorporarlo a sus órdenes jurídicos internos; *e*) es posible, en fin, mencionar muchos otros detalles relevantes como su base jurídica —que justifica su integración directa o indirecta en el Derecho comunitario—, su interpretación uniforme por el Tribunal de Justicia o el papel relevante que tienen los Estados miembros en su negociación y la insignificante función de las instituciones comunitarias<sup>60</sup>.

30. Son bien conocidos el fruto y los fracasos de los convenios internacionales que interesan al Derecho internacional privado y que tienen como base jurídica directa el artículo 220 del Tratado de Roma. Si exceptuamos el Convenio de Bruselas de 1968 sobre la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales —ya mencionado—, el resto de instrumentos quedaron abandonados en el camino tras ímprobos derroches de energía y reducidos a materiales de trabajo para experiencias posteriores desde técnicas normativas más fértiles. Así, en materia de

<sup>59</sup> Esta cuestión fue ampliamente discutida en la negociación del Convenio de San Sebastián de adhesión de España y Portugal al Convenio de Bruselas de 1968, donde se logró evitar la incorporación de las reservas previstas en el Convenio «paralelo» de Lugano.

<sup>60</sup> Muy escasa la Comisión, meramente técnica el Consejo y nula el Parlamento y el Tribunal de Justicia. Las características de los convenios «comunitarios» han sido precisadas por A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Los convenios complementarios entre los Estados miembros de la CEE», *Noticias CEE*, n.º 12, 1986, pp. 115 ss. Un completo estudio, elaborado desde una perspectiva formal, de la incidencia de los convenios internacionales con participación de los Estados miembros de las Comunidades Europeas en el desarrollo de sus respectivos sistemas de Derecho internacional privado puede encontrarse en la Tesis Doctoral de M. V. CUARTERO RUBIO, *Derecho internacional privado y Comunidad Europea. Relaciones en el ámbito de la unificación internacional del Derecho*, Universidad Complutense, Madrid, 1992, pp. 135-350.

sociedades se intentó regular sin éxito a través de esta vía *a)* el reconocimiento mutuo de sociedades y demás personas jurídicas, *b)* el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de transferencia de sede social entre Estados miembros de las Comunidades Europeas y *c)* las fusiones transfronterizas de empresas: el primero de ellos llegó a cuajar en un Convenio firmado en Bruselas el 29 de febrero de 1968 por los entonces seis Estados miembros y ratificado por cinco de ellos, pero la radical oposición de Holanda impidió su entrada en vigor, esperanza que ha sido ya hoy abandonada; el segundo está en fase de Anteproyecto desde hace casi veinte años y se encuentra totalmente paralizado; en fin, el Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de 1973 —texto meritorio que, como veremos, tiene gran interés para el estudio de las técnicas de reglamentación en Derecho internacional privado— no tuvo mejor suerte y ha sido utilizado más adelante en la elaboración de las Propuestas de 10.<sup>a</sup> Directiva de sociedades. Hoy puede decirse que la vía convencional ha sido abandonada en materia de sociedades<sup>61</sup>.

No ha corrido mejor suerte —momentáneamente— el Proyecto de Convenio relativo a la quiebra, a los concursos y a los procedimientos análogos: el Proyecto de 1982 fue reexaminado —en su última versión de 30 de julio de 1984<sup>62</sup>— en 1985 y recibió un dictamen favorable de la Comisión, pero en mayo de 1989 los Ministros de Justicia de los Estados miembros aconsejaron paralizar los trabajos para centrar los esfuerzos en el mucho más modesto texto abierto a la firma en Estambul en el seno del Consejo de Europa en junio de 1990. Sin embargo, meses después el Comité de Representantes Permanentes, en su reunión de 4 de abril de 1990, decidió otorgar un mandato al Grupo *ad hoc* «Convention de faillite»<sup>63</sup>. Tras estudiar las contestaciones a un cuestionario enviado el 15 de junio de 1990<sup>64</sup> sobre las líneas directrices del futuro convenio, el Presidente del Grupo presentó el 25 de marzo de 1991 un nuevo «Anteproyecto de convenio relativo a los procedimientos de insolvencia»<sup>65</sup>, texto que, en cualquier caso, deja abierta la posibilidad de decidir eventualmente otra base jurídica diferente al artículo 220 del Tratado de Roma y que establece la competencia de las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se localiza el centro de intereses del deudor —centro de intereses que, respecto a las sociedades, se presume *iuris tantum* es el de la sede estatutaria o legal—, autoridades que aplicarán su ley interna al procedimiento de insolvencia y que verán reconocida su decisión en todo el territorio comunitario<sup>66</sup>. El grupo *ad hoc* sigue reuniéndose en la actualidad.

<sup>61</sup> En el marco de las relaciones verticales —ajeno, por tanto al Derecho internacional privado— debe encuadrarse el Convenio de 23 de julio de 1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (*DOCE* L 225 de 20 de agosto de 1990).

<sup>62</sup> Doc. 8759/84 DRS 64 (CFC).

<sup>63</sup> Doc. 5751/90 DRS/CRP 13 EXT 1 DRS 14 (CFC).

<sup>64</sup> Doc. 7218/90 DRS 31 (CFC).

<sup>65</sup> Doc. 5419/91 DRS 12 (CFC).

<sup>66</sup> Interesa también destacar los progresos —siempre provisionales— en materia de quiebra realizados en algunos institutos muy concretos: así, por ejemplo, en el paquete dedicado a la propiedad industrial. En muchas otras ocasiones, sin embargo, la paralización del Proyecto de Convenio sobre quiebra ha

El progreso en la integración comunitaria acontecido en la última década —progreso cifrado sobre todo en la dinámica generada a partir del Libro Blanco de la Comisión para la consecución del mercado interior— ha multiplicado la regulación particularizada de las relaciones privadas intracomunitarias a través de actos de las instituciones de las Comunidades Europeas, arrumbando con ello las expectativas que en anteriores épocas había despertado el recurso a la técnica convencional propiciada por el artículo 220 del Tratado de Roma hasta el punto de que, en mi opinión, podría llegar a considerarse como criterio general que se trata de una vía que debería —el potencial es significativo, en la medida en que, como hemos visto, el nuevo anteproyecto de quiebra todavía recurre a la misma— reputarse como agotada y que se ha alcanzado el grado de madurez suficiente para que las materias listadas en tal precepto encuentren un tratamiento más efectivo a través de actos de las instituciones de las Comunidades Europeas, es decir, a través de directivas y, sobre todo, de reglamentos.

Si bien la vía del artículo 220 del Tratado posibilita una integración directa en el acervo comunitario, facilitando con ello la interpretación uniforme y justificando la obligada adhesión de los nuevos Estados miembros<sup>67</sup>, una valoración global de esta técnica debe ser necesariamente negativa: salvo el caso del Convenio de Bruselas —que, por diversas razones, superó ampliamente las previsiones del mencionado precepto—, el resto de trabajos se vio desde un principio frenado por la propia idiosincrasia de la negociación de los convenios internacionales, donde la defensa de los intereses nacionales prima sobre cualquier otra consideración y la intervención de las instancias comunitarias se reduce, como hemos visto, a la mínima expresión.

31. Los Estados miembros de las Comunidades Europeas son libres para, en tanto que Estados soberanos pero en su calidad de miembros de una organización internacional con carácter integrador, celebrar entre sí convenios internacionales sobre cualquier materia que pueda tener incidencia directa o indirecta en el proceso de construcción comunitaria, con independencia de que el artículo 220 del Tratado sea considerado como un *numerus clausus* o un *numerus apertus*. La práctica muestra que en tales casos el recurso a la técnica conflictual viene explicado por tratarse de textos que no tienen autonomía propia sino que aparecen —al menos en su justificación teórica— íntimamente vinculados a otros convenios internacionales celebrados

---

impedido cualquier avance en este sentido: así, el Reglamento 2137/85 relativo a las Agrupaciones Europeas de Interés Económico (vid. *supra*) remite al derecho interno de cada Estado miembro respecto a la regulación de la insolvencia de las Agrupaciones —reafirmando con ello el imperio del principio de territorialidad— y su artículo 36 especifica que la apertura de un procedimiento de quiebra contra una Agrupación no supone automáticamente la apertura de tal procedimiento contra sus miembros —lo que resulta lógico—, pero dado que los socios responden solidaria e indefinidamente de las deudas de la Agrupación cabe el peligro de que sean aquéllos que tienen bienes en el Estado de la sede de la Agrupación los que sufran directamente sus consecuencias al actuar los acreedores directamente contra ellos. En fin, en relación indirecta con la quiebra cabe recordar la propuesta de convenio sobre los efectos extraterritoriales de las garantías mobiliarias sin desplazamiento presentada por la Federación Bancaria de la Comunidad Económica Europea hace ya más de veinte años y que no parece haber encontrado acogida con posterioridad.

<sup>67</sup> Aspectos ambos puestos de relieve por A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Los Convenios...», cit., pp. 115 ss.

con anterioridad: así, el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 y el Convenio (incluido en el ámbito de la Cooperación Política Europea) entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la simplificación de los procedimientos relativos al cobro de créditos sobre alimentos de mayo de 1990 —que España no firmó en su momento por no estar preparado a tiempo el texto español y que no ha firmado todavía— encuentran sus raíces en el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968; el nonato Convenio sobre la Patente Comunitaria de 1975<sup>68</sup> —y, recientemente, su sustituto, el Acuerdo sobre Patente Comunitaria de 1989<sup>69</sup>— no pretende sino «dar efectos unitarios y autónomos a las patentes europeas concedidas para sus territorios en virtud del Convenio sobre la Concesión de Patentes Europeas de 5 de octubre de 1973» y el Convenio (también de Cooperación Política Europea) relativo a la supresión de la legalización de documentos en los Estados miembros de las Comunidades Europeas de 1987 —Convenio que España no firmó, aunque tampoco se opuso a la apertura a la firma, por la existencia de una cláusula territorial colonial en su artículo 8.2 y que ha sido ratificado por Dinamarca, Italia y los Países Bajos— no es más que un desarrollo del conocido Convenio de La Haya sobre la materia<sup>70</sup>.

En fin, el Título VI del TUE («Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior») otorga definitivamente una cobertura jurídica a esta forma de cooperación —de la que son fruto los Convenios incluidos en el ámbito de la Cooperación Política Europea mencionados— al establecer en su artículo K.3.2 que:

El Consejo podrá [...] c) sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.

Salvo disposiciones en contrario establecidas en estos convenios, las posibles medidas de aplicación de los mismos se aprobarán en el seno del Consejo por mayoría de dos tercios de las Altas partes contratantes.

Tales convenios podrán disponer que el Tribunal de Justicia será competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> *Journal Officiel des Communautés Européennes* (en adelante, *JOCE*) L 17 de 26 de enero de 1976, pp. 1 ss.

<sup>69</sup> *DOCE* L 401 de 30 de diciembre de 1989.

<sup>70</sup> Podrían también mencionarse el borrador de Convenio (Cooperación Política Europea) sobre relaciones de alimentos a funcionarios internacionales, que no ha avanzado significativamente, y los trabajos previos relativos a la elaboración de un convenio internacional en materia de adopción, trabajos abandonados por la existencia de los Convenios de la Conferencia de La Haya, el último de ellos abierto a la firma en mayo de 1993. Conviene destacar, en fin, que en las «Conclusiones de la Presidencia» sobre el Consejo Europeo celebrado en Luxemburgo los días 28 y 29 de junio de 1991 se recordó (n.º I.15) «la importancia [...] de la ratificación de los convenios firmados por los Estados miembros» (*Boletín de las Comunidades Europeas*, 1991/6, p. 11).

<sup>71</sup> En este marco de cooperación la Presidencia belga ha anunciado para el período julio-diciembre de 1993 —este trabajo fue entregado en julio de 1993— una serie de reuniones con vistas a la elaboración de un texto —la forma jurídica es aún indefinida— que amplíe el Convenio de Bruselas —y especialmente su Título III, es decir, el régimen de reconocimiento y ejecución— a materias afectas al estatuto personal.

32. El panorama de los «convenios intracomunitarios» expuesto permite esbozar cuanto menos varias consideraciones de interés. No parece ser ya fructífero, en primer lugar, seguir derrochando esfuerzos y derramando tinta acerca de la cuestión relativa a su naturaleza jurídica «comunitaria» o simplemente «internacional» a partir de su integración o no en el catálogo del artículo 220: se trata en todos los casos de instrumentos elaborados por los Estados miembros de las Comunidades Europeas «en su condición de Estados miembros», sólo tienen sentido si se localizan en el proceso generado por la Comunidad y, por tanto, en el seno del Derecho comunitario, aspiran a una interpretación uniforme establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y vinculan jurídica o moralmente a los nuevos Estados miembros<sup>72</sup>. Sí parece coherente, en segundo término, distinguirlos con claridad de los actos —directivas y reglamentos, especialmente— elaborados por las instituciones de las Comunidades: por una parte, por la técnica negociadora; por otra, por la

<sup>72</sup> Basta repasar, por ejemplo, algunos de los datos que vinculan de hecho el Convenio de Roma de 1980 con el Derecho comunitario, con independencia de que su base jurídica se encuentre o no en el artículo 220 del Tratado: 1). Su justificación estriba, según su Preámbulo, en la voluntad de «proseguir, en el ámbito del Derecho internacional privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Comunidad, principalmente en materia de competencia judicial y de ejecución de sentencias»; 2). Los Estados contratantes son los Estados miembros del TCEE (Preámbulo), la apertura a la firma exigió el asentamiento de todos los Estados entonces miembros y pueden participar en él únicamente de tales Estados miembros (art. 28.1); 3). Son oficiales los textos redactados en todos los idiomas comunitarios (art. 33); 4). El Secretario General del Consejo de las Comunidades Europeas actúa como depositario, de acuerdo con lo establecido en los artículos 23, 25, 27, 28, 30, 31 y 33 del Convenio, 5, 7 y 8 del Protocolo 1.º de interpretación y 2 y 4 de 2.º Protocolo de interpretación; 5). En caso de solicitarse revisión la conferencia de revisión será convocada por el Presidente del Consejo de las Comunidades Europeas; 6). El Convenio no prejuzga la aplicación de disposiciones comunitarias en materias especiales; 7). El Convenio es interpretado con carácter uniforme por el TJCE, aplicándose en lo no previsto por el primer Protocolo de interpretación las disposiciones del TCEE y del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anexo al mismo relativas a la interpretación judicial. Si es necesario, es incluso posible adaptar y completar el Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia para posibilitar la interpretación del Convenio de Roma. Como afirma R. LUZZATTO («L'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 e il nuovo Diritto internazionale privato dei contratti», *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. V. 1, 1991, p. 262). «Con la atribución de competencia sobre la interpretación del Convenio de Roma al Tribunal de Justicia, en efecto, el Derecho internacional privado de los contratos asumirá definitivamente un carácter verdaderamente europeo y desvinculado de los sistemas nacionales»; 8). Se intenta garantizar una aplicación tan eficaz y uniforme como sea posible de sus disposiciones (Declaración Común 2.ª); 9). Cualquier Estado que se convierta en miembro de las Comunidades Europeas debería adherirse al Protocolo 1.º sobre la interpretación común; y 10). Tanto el Convenio cuanto los Protocolos sobre la interpretación fueron publicados en el *DOCE* L 266 de 9 de octubre de 1980 y 48 de 20 de febrero de 1989, respectivamente. Todo lo anterior no es óbice, sin embargo, para que sea posible denotar la existencia de determinadas cuestiones que perturban esta conclusión optimista —así, son posibles las reservas (art. 22), la entrada en vigor no se produce de manera uniforme (art. 29), es posible la denuncia (art. 30) y no hay base jurídica directa en el TCEE—, si bien ninguna de ellas parece ser relevante y deben ser estudiadas en el contexto histórico —década de los setenta— en el que fueron formuladas. Con todo, hay un detalle que resulta extremadamente significativo y que pone en tela de juicio todo el proceso: mientras los actos estudiados hasta el momento —y los que serán estudiados con posterioridad— subrayaban claramente su disposición a establecer un régimen específico para las «relaciones privadas intracomunitarias», el Convenio de Roma es un convenio *erga omnes*, de tal manera que la ley aplicable podría ser perfectamente la ley de un tercer Estado. Quizás podrá salvarse el escollo —con vistas a lograr cierta coherencia en el empeño de establecer criterios metodológicos que justifiquen el objetivo de este trabajo— afirmando que el Convenio establece al tiempo y con criterios comunes el régimen intracomunitario y el régimen internacional.

necesaria participación de los parlamentos nacionales en la ratificación de los convenios, circunstancia que ha entorpecido notablemente su entrada en vigor y ha forzado cláusulas que posibilitan que tal entrada en vigor se produzca de forma escalonada; en fin, por la dificultad de su actualización —un convenio es un fósil— frente al dinamismo típico de los actos de las instituciones. Un último detalle se ofrece para la reflexión: ¿debería reducirse en adelante el recurso a la técnica convencional «intra-comunitaria» a supuestos muy concretos dependientes de otros convenios internacionales más amplios o que afectan a materias sobre las que las Comunidades carecen de competencia o sería más coherente propugnar —dado el considerable avance de la integración comunitaria experimentado en los últimos años— el abandono definitivo de esta técnica normativa en las relaciones entre los Estados miembros?<sup>73</sup>.

33. Pero la actividad convencional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas no se reduce al ámbito de los «convenios intracomunitarios» y su pertenencia a una organización internacional de carácter supranacional aparece con huella indeleble también en muchos otros textos internacionales que afectan al Derecho internacional privado pero que gozan de más amplio alcance territorial: así, y en un primer análisis que convendrá recoger más tarde, podemos recordar: a) los convenios en los que participan todos los Estados miembros pero fuera del marco comunitario<sup>74</sup>, b) los convenios entre los Estados miembros y terceros Estados<sup>75</sup> y c) los convenios entre la Comunidad y terceros Estados en el marco de la política comercial común<sup>76</sup>. Interesa especialmente hacer hincapié en este estadio en el primero de estos grupos.

El campo de las relaciones exteriores es uno de los ámbitos de actuación más relevantes de las Comunidades Europeas. Desde una dimensión privada, sin embargo,

---

<sup>73</sup> Tal razonamiento es previo, a mi modo de ver, a la consideración de los criterios razonadamente expuestos por M.<sup>a</sup> Victoria CUARTERO RUBIO (*loc. cit.*, pp. 225-226) para orientar la opción entre la utilización del convenio o de un acto de las instituciones: por una parte, la mayor o menor facilidad con que la materia puede incardinarse en el artículo 3h) TCEE, es decir, la «incidencia del proyecto en el buen funcionamiento de la Comunidad»; por otra, el «objeto a regular», de manera que la regulación de todo un sector del Derecho internacional privado aconsejaría un convenio y la de una materia concreta una directiva o un reglamento; en fin, «la forma en que se pretende atacar la discontinuidad jurídica en el espacio, de tal suerte que el “interés integrado” llevaría al derecho derivado y el “interés coordinador estatal” conduciría al convenio». Reconociendo el acierto de la reflexión, creo que en las actuales circunstancias se debe imponer una vía más pragmática que proponga el abandono de la técnica conflictual como principio de regulación, salvo excepciones contadas respecto a aquellas materias excluidas del ámbito de competencias de las Comunidades —donde nos situamos en el ámbito del Derecho internacional clásico regido por relaciones de cooperación— y respecto a aquellas otras donde el objetivo no es sino profundizar en aspectos ya regulados por un convenio internacional fraguado en foros más abiertos: no se conocen ejemplos de la primera, mientras que la segunda ha dado frutos no siempre felices y debería utilizarse con precaución, amén de que resultaría quizás más práctico y suscitaría menos reticencias el recurso también en este caso a la técnica del derecho derivado.

<sup>74</sup> Se incluyen aquí los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y los elaborados en el seno de UNCITRAL, de UNIDROIT, del Consejo de Europa, de la Comisión Internacional para el Estado Civil, etc.

<sup>75</sup> Por ejemplo, el Convenio de Lugano de 1988.

<sup>76</sup> Las referencias a normas de conflicto en estos convenios son mínimas pero alguno de sus preceptos podrían ser aplicados directamente a las relaciones privadas internacionales y constituir así las normas materiales especiales de Derecho internacional privado.

la función de las Comunidades tratando de proteger en los foros internacionales los intereses de los titulares de derechos —y de las personas físicas y jurídicas, en general— que actúan dentro del mercado común<sup>77</sup> no llega en ningún momento a suplir la actuación de los Estados miembros<sup>78</sup>: hay que reconocer, en honor a la verdad, que en las materias que afectan más directamente al Derecho internacional privado la participación de las Comunidades Europeas en cuanto tales, es decir, representadas por sus instituciones y, fundamentalmente, por la Comisión, es mínima. La Comisión está presente en la mayor parte de los foros internacionales que pueden afectar al Derecho internacional privado y donde participan los Estados miembros, pero tan sólo con voz y en la mayor parte de las ocasiones a título de observador<sup>79</sup>. Por lo que hace referencia, por otra parte, a la cooperación «interinstitucional» entre las Comunidades y otras organizaciones internacionales, ésta se reduce, en el mejor de los casos, al intercambio de informaciones<sup>80</sup>. En fin, no puede dejar de mencionarse la repercusión que en esta materia va a tener la incorporación de las Comunidades a determinados convenios internacionales<sup>81</sup> e incluso la propia incorporación de las Comunidades como miembros de pleno derecho en determinadas organizaciones internacionales<sup>82</sup>.

El análisis de lo que algún autor ha denominado «proceso codificador del Derecho internacional privado *ad extra*»<sup>83</sup> debe centrarse primordialmente, por tanto, en la participación de los Estados miembros de las Comunidades Europeas en el pro-

<sup>77</sup> En este contexto deben distinguirse las relaciones multilaterales y las bilaterales: las primeras son aquéllas establecidas en el seno de organizaciones internacionales de ámbito universal; las segundas son, en consecuencia, todas las demás, establecidas entre las Comunidades —o una de ellas— y un tercer Estado o entre las Comunidades y una agrupación de Estados.

<sup>78</sup> Ejemplos de esta actuación serían a) la firma por la CEE y la mayor parte de los Estados miembros el 22 de marzo de 1989 de la Convención de Basilea relativa al movimiento transfronterizo de residuos peligrosos, Convención que establece obligaciones para los Estados y para los particulares, obligaciones que respecto a estos últimos constituyen verdaderas normas materiales especiales de Derecho internacional privado de origen convencional (*Boletín de las Comunidades Europeas*, 1989/3, punto 2.1.113) y b) la activa participación de la Comisión de las Comunidades Europeas en la negociación de un Tratado multilateral sobre protección de circuitos integrados en el que presumiblemente la CEE formará parte en cuanto tal. Vid., al respecto, Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología*, Com. (88) 172 final de 6 de febrero de 1989.

<sup>79</sup> Esta situación está, sin embargo, cambiando: así, por ejemplo, la Comisión participa en las Conferencias Diplomáticas de la OMPI con el estatuto de delegado, amén del que ostentan los Estados miembros (cfr. *Boletín de las Comunidades Europeas*, 1989/6, punto 2.1.43).

<sup>80</sup> Quizás el exponente más significativo sea el de las relaciones con el Consejo de Europa. Recuérdese que el Consejo de Europa ya adoptó el 20 de marzo de 1989 una serie de conclusiones con vistas a profundizar en la cooperación entre ambas organizaciones (*Boletín de las Comunidades Europeas*, 1989/3, punto 2.2.51).

<sup>81</sup> Es previsible que las Comunidades vayan progresivamente accediendo a los Convenios del Consejo de Europa de los que son parte los Estados miembros y, fundamentalmente, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal es el caso reciente, por ejemplo, del Convenio relativo a la farmacopea europea.

<sup>82</sup> Tal incorporación requeriría una reforma de los estatutos de tales organizaciones —que se refieren a los «Estados miembros»— y es defendida por la Comisión de las Comunidades al interpretar que, como consecuencia de la integración europea, representa ya una realidad internacional, con competencias exclusivas sobre materias afectas a tales organizaciones. Parece que existen negociaciones, por ejemplo, con la FAO (*El País*, 10 de noviembre de 1991, p. 54).

<sup>83</sup> J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Derecho internacional privado...», cit., pp. 810-814.



ceso de codificación internacional del Derecho internacional privado, participación que ha cobrado mayor relevancia en los últimos años pero que muestra claramente la —todavía, pese a la existencia de la Cooperación Política Europea— ausencia de una política exterior común en el seno de las Comunidades. Cinco apuntes tan sólo interesa mencionar en esta sede, más como motivo de reflexión y discusión que como afirmaciones categóricas: 1) por una parte, que debe relativizarse tal participación para centrarla en supuestos muy específicos y siempre al amparo de lo que J. C. FERNÁNDEZ ROZAS ha denominado con acierto «relaciones de presión»<sup>84</sup>, relaciones que implican que los Estados miembros tratarán de imponer sus intereses en el marco general de la negociación del texto internacional correspondiente, debiendo velar tales intereses, lógicamente, por la salvaguarda de los concretos objetivos de la Comunidad afectada<sup>85</sup>; 2) por otra, que son más frecuentes los supuestos en los que las instituciones de las Comunidades han recomendado expresamente a los Estados miembros la ratificación de un convenio internacional en cuya formación todos ellos hayan participado<sup>86</sup> o incluso en los que los objetivos y aun el tenor literal de un convenio internacional han sido introducidos en el Derecho comunitario a través de un acto de Derecho derivado<sup>87</sup>; 3) en tercer lugar, que en ocasiones la existencia de tra-

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 811. La única excepción aparente es el Convenio de Lugano de 1988, Convenio que se enmarca en un proceso de cooperación mucho más amplio destinado a constituir el llamado «espacio económico europeo» con los países de la AELE. La impronta del Derecho comunitario —particularizado en el Convenio de Bruselas de 1968— es innegable en este texto, habiendo aceptado los países de la AELE la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en aplicación del Convenio de Bruselas hasta el 16 de septiembre de 1988, es decir, alrededor de medio centenar de sentencias. No debería extrañar que el de Lugano suponga un primer paso al que seguirán otros muchos en materias, por ejemplo, relativas a la propiedad intelectual e industrial o a las obligaciones contractuales.

<sup>85</sup> Un ejemplo actual de esta dinámica serían las reuniones organizadas en el marco de la Cooperación Política Europea para discutir entre los doce las líneas directrices presentadas en la Conferencia de La Haya para la elaboración de un nuevo Convenio sobre ejecución de sentencias.

<sup>86</sup> A título de ejemplo, podrían mencionarse el Convenio de Munich de 1973 sobre la Patente Europea, el Convenio de Berna sobre protección de obras literarias y artísticas en la versión del Acta de París de 24 de julio de 1971 o la Convención internacional de Roma de 26 de octubre de 1961 sobre derechos de los artistas intérpretes, productores de fonogramas y entidades de radiodifusión [la Propuesta de Decisión del Consejo de adhesión de los Estados miembros a estos dos últimos textos fue publicada en el *DOCE* C 24 de 31 de enero de 1991 como COM (90) 582 final]. Es bien conocido, por otra parte, que en la Reunión de Ministros de Justicia de los Estados miembros de las Comunidades Europeas celebrada el 26 de mayo de 1989 en San Sebastián la mayoría de los Estados miembros se pronunció en favor de lograr una rápida adhesión de los doce a los diferentes instrumentos elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y del Consejo de Europa que de una u otra forma pueden afectar a la libre circulación de personas —controles aduaneros, inmigración ilegal, tráfico de estupefacientes, lucha contra el terrorismo, armonización de visados, cooperación judicial en materia penal, sustracción de menores, adopción, determinados aspectos de la quiebra, etc.— como paso previo a la adopción de nuevas iniciativas comunitarias. Es, en este sentido, también sintomática la Propuesta de Recomendación del Consejo de 13 de noviembre de 1986 referente a la ratificación, por parte de los Estados miembros, del Convenio de 25 de octubre de 1980 destinado a facilitar el acceso internacional a la justicia, puesto que «la asistencia judicial para todos los nacionales de los Estados miembros ante los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles de otro Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, proporcionaría a los ciudadanos de los Estados miembros el sentimiento de pertenecer a una Comunidad» [COM (86) 610 final]. No es ocioso recordar que, pese a ello, ningún Convenio de la Conferencia de La Haya ha sido ratificado por todos los Estados miembros de las Comunidades.

<sup>87</sup> En ocasiones, en efecto, la Comunidad utiliza un texto convencional negociado en el seno de otra

bajos coetáneos o de normativa ya asentada en el seno de las Comunidades ha resultado decisivamente negativa para el fracaso de iniciativas sobre las mismas materias en otros foros internacionales<sup>88</sup>; 4) en cuarto término, no puede dejar de mencionarse la actitud de los Estados de las Comunidades en los últimos años exigiendo la inclusión de «cláusulas de desconexión» o realizando declaraciones conjuntas en aquellos convenios internacionales que pueden afectar a materias en las que las Comunidades gozan de competencia, preservando con ello la prevalencia del Derecho comunitario a la hora de firmar convenios internacionales en los que participan todos los Estados miembros<sup>89</sup> y, por el contrario, las también frecuentes referencias del Derecho co-

---

organización internacional en la que participan todos los Estados miembros para incorporarlo más tarde a un acto comunitario, posibilitando con ello la rápida introducción de los objetivos del Convenio en los órdenes jurídicos internos y la armonía entre las dimensiones autónoma y convencional de su ordenamiento. No es extraño que tal actitud la encontremos en textos que establecen normas materiales especiales de Derecho internacional privado y un reciente ejemplo lo constituye el Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza de 5 de mayo de 1989 —fraguado en el seno del Consejo de Europa— y la Directiva de 3 de octubre de 1989 sobre las actividades de radiodifusión televisual (vid., respecto al Convenio, B. COTTIER, «Le droit suisse de l'audiovisuel au crible de la Convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989», en *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred von Overbeck*, Fribourg, 1990, pp. 131-153; una comparación entre el Convenio y la Directiva puede encontrarse en I. SCHWARZ, «Fernsehen ohne Grenzen: Zur Effektivität und zum Verhältnis von EG-Richtlinie und Europarats-Konvention», *Europarecht*, 1989, pp. 1 ss.). Este método, que demuestra que el Derecho comunitario puede también consolidarse fuera del estricto ámbito comunitario, puede, sin embargo, originar numerosas situaciones conflictivas e incluso disuadir a los Estados miembros de la ratificación del texto convencional afectado.

<sup>88</sup> Baste recordar, de entre una lista mucho más amplia que podría calificarse de «ominosa», la incidencia de los Convenios de Bruselas de 1968 y de Roma de 1980 sobre los respectivos trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y —lo que resulta más grave, si cabe— sobre la suerte de sus resultados: ni el Convenio de 1971 sobre ejecución de sentencias ni el de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de mercaderías gozarán, previsiblemente, del favor de los Estados miembros de las Comunidades. Otro ejemplo relevante aparece al evaluar la suerte del Convenio sobre responsabilidad por daños derivados de los productos en caso de muerte o lesiones corporales, abierto a la firma en el seno del Consejo de Europa el 27 de enero de 1988 (vid. M. ESLAVA RODRÍGUEZ, «El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad por daños derivados de los productos en caso de muerte o lesiones corporales. Una iniciativa armonizadora anterior a las Comunidades Europeas», en *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho internacional público y Derecho internacional privado*, Alicante, 1990, pp. 473-483. y la bibliografía citada en la nota 2); el hecho de que poco después la CEE comenzara la elaboración de una directiva con contenido prácticamente idéntico —la Directiva CEE del Consejo 85/374 de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por daños derivados de los productos defectuosos— ha sido un elemento nuclear para retraer la ratificación del Convenio por los Estados miembros de la Comunidad, temerosos de crear un conflicto de normas y sabedores de que la Directiva garantiza eficazmente la armonización al recibir una interpretación uniforme por parte del Tribunal de Justicia.

<sup>89</sup> Vid., por ejemplo, a) el Protocolo, firmado en 1989, al Convenio del Consejo de Europa sobre las operaciones financieras de iniciados, Protocolo que coincide con la adopción el 13 de noviembre de la Directiva relativa a la coordinación de las normativas relativas a las operaciones de iniciados (vid. *XXIII Informe General sobre la actividad de las Comunidades Europeas en 1989*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas/Luxemburgo, 1990, p. 123), o b) la Declaración de los Estados miembros de las Comunidades Europeas a la firma del Acuerdo Internacional sobre el procedimiento aplicable al establecimiento de tarifas de los servicios aéreos regulares intraeuropeos de 16 de junio de 1987 (*BOE* n.º 274 de 15 de noviembre de 1991, p. 37085), Acuerdo elaborado en el seno de la Comisión Europea de Aviación Civil y que establece determinadas normas materiales especiales tanto de naturaleza pública, es decir, dirigidas a los Estados parte, cuanto privada, aplicables a las empresas del sector. De acuerdo con la men-

unitario derivado al Derecho internacional general excluyendo la aplicación de un determinado acto de las instituciones en presencia de un convenio internacional<sup>90</sup>; 5) en fin, las reflexiones anteriores quedan enmarcadas —y este detalle no ha sido suficientemente puesto de relieve por lo que hace referencia a nuestro país— en el ámbito de actuación del artículo 234 del TCEE, que regula las relaciones entre las disposiciones del Tratado y los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados con anterioridad a su entrada en vigor —en nuestro caso, con anterioridad a 1986— entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

### 3. Los reglamentos y el Derecho internacional privado

34. El reglamento es —de acuerdo con el artículo 189.2 del TCEE— una norma de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los Estados miembros. Es, por tanto, una técnica que implica la uniformidad bien de normas materiales aplicables tanto al tráfico interno cuanto al intracomunitario y aun al internacional, bien de normas materiales especiales de Derecho internacional privado, es decir, de normas materiales especialmente aplicables a las relaciones privadas internacionales y/o intracomunitarias<sup>91</sup>, bien de normas de conflicto de leyes. Al no requerir una posterior incorporación en los ordenamientos nacionales, el reglamento se impone, en la medida en que comporta normas de Derecho internacional privado, como paradigma de fuente de Derecho internacional privado de origen institucional.

Cada día es más factible encontrar reglamentos o propuestas de reglamentos que, en los ámbitos de la competencia judicial, del derecho aplicable y de la eficacia de decisiones extranjeras, establecen normas que pueden incluirse en el concepto estricto que venimos manteniendo del Derecho internacional privado, es decir, reducido a los supuestos referidos a relaciones privadas internacionales: así, por ejemplo, en materia de sociedades o de propiedad industrial. Más frecuentes son todavía, sin embargo, los referidos a relaciones internacionales de carácter público que utilizan la técnica conflictual, reglamentos relativos a materias tan dispares como la libre circulación de personas, la libre competencia o la Seguridad Social. Si bien tan sólo los primeros interesan al objeto del Derecho internacional privado, convendrá llevar a

---

cionada Declaración, «A la firma del presente Acuerdo, los Estados miembros de las Comunidades Europeas declaran que las disposiciones del Acuerdo no pueden prevalecer sobre el Derecho comunitario en lo que se refiere a las relaciones entre ellos».

<sup>90</sup> Así, por ejemplo, el Proyecto de Directiva sobre la responsabilidad del prestador de servicios [COM (90) 482 final] de 20 de diciembre de 1990 establece en el tercer párrafo de su artículo 2 que «La presente Directiva tampoco se aplicará a los daños cubiertos por regímenes de responsabilidad sujetos a convenios internacionales ratificados por los Estados miembros o por la Comunidad».

<sup>91</sup> Así, por ejemplo, el Reglamento 4064/89 sobre el control de las concentraciones de empresas de 21 de diciembre de 1989. Obsérvese, sin embargo, que sería más dudoso incluir en este apartado todos aquellos actos que repercuten tan sólo indirectamente en la relación privada y que deben enmarcarse más bien en el contexto de una relación particular: por ejemplo, el Reglamento 2658/87 relativo a la nomenclatura aduanera y estadística y al arancel aduanero común, o el Reglamento 1408/71 en materia de Seguridad Social.

cabo una referencia a estos últimos en la medida en que comportan el recurso a técnicas familiares y aparecen al socaire de una relación privada internacional.

35. Ya al final de la década de los sesenta los expertos comunitarios se habían percatado de que el hecho de que las empresas establecidas en un Estado miembro que trabajaran en el comercio intracomunitario siguieran moviéndose en un marco totalmente nacional y debieran por ello escoger una forma de sociedad regulada por un ordenamiento nacional determinado no se correspondía en absoluto con el marco económico comunitario en que desarrollaban sus actividades. Esta asintonía provocaba no pocas distorsiones y todo ello aconsejaba claramente prever la posibilidad de crear, junto a sociedades de derecho nacional, sociedades cuya formación y funcionamiento estuvieran reguladas directamente por el Derecho comunitario, es decir, por una normativa directamente aplicable en todos los Estados miembros. Desde un principio pareció que la figura del reglamento ofrecía mejores garantías que la de la directiva para acometer esta tarea y es posible encontrar ya en 1969 una primera propuesta referida a la Sociedad Anónima Europea o *Societas Europae*<sup>92</sup>, a la que siguió otra notablemente modificada en 1975<sup>93</sup>. El proyecto, sin embargo, quedó abandonado en 1980 por encontrar un obstáculo al parecer insalvable: la regulación uniforme de las condiciones de participación de los trabajadores en la empresa<sup>94</sup>.

La perspectiva de la consecución del mercado puso nuevamente sobre la mesa el tema de la sociedad europea y el plazo del 1 de enero de 1993 —aun sin efectos jurídicos— parecía augurar que se estaba muy cerca de alcanzar un acuerdo. La última propuesta de la Comisión data, sin embargo, de julio de 1991<sup>95</sup> y resulta de extremo interés desde la perspectiva del Derecho internacional privado en la medida en que a) recoge un elenco de normas materiales especiales de Derecho internacional privado<sup>96</sup>, b) remite al ordenamiento de los Estados miembros y al ordenamiento jurídico comunitario en todos aquellos ámbitos —Derecho social y Derecho del trabajo, Derecho fiscal y de la competencia, Derecho sobre propiedad industrial o Derecho de quiebras— no regulados específicamente en el mismo, c) contiene una remisión general a la legislación sobre sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la Sociedad Europea en todos aquellos ámbitos en los que su funcionamiento

<sup>92</sup> Propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de Sociedad Anónima Europea, presentada el 30 de junio de 1969 (JOCE C 124 de 10 de octubre de 1970).

<sup>93</sup> Propuesta modificada de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, presentada el 10 de abril de 1975 (Suplemento 4/75 del *Bulletin des Communautés européennes*).

<sup>94</sup> Materia afecta a las sucesivas Propuestas de 5.ª Directiva de sociedades, a la que se hará referencia más adelante.

<sup>95</sup> D.O.C.E. C 176 de 8 de julio de 1991. La versión anterior es de 1989 (DOCE C 263 de 16 de octubre de 1989).

<sup>96</sup> La propia existencia de la Sociedad Europea implica necesariamente su carácter internacional. Así, uno de los Considerandos de la Propuesta de Reglamento establece que «el objetivo esencial que persigue el régimen jurídico de una Sociedad Europea exige en todo caso, [...] que pueda constituirse una sociedad europea tanto para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o que creen una sociedad *holding*, como para ofrecer a sociedades y otras personas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes la posibilidad de crear filiales comunes». Se explica, por ello, el hecho de que «una sociedad anónima pueda transformarse en

no exija la existencia de normas comunitarias uniformes<sup>97</sup>, d) incorpora una veintena larga de normas de conflicto de leyes «intracomunitaria» que confirman o establecen una excepción a esta norma general en materias como inscripción (art. 8), publicidad (art. 9 y 19.1), constitución (art. 11 bis.1), control de la legalidad y nulidad de la fusión (arts. 24 bis y 29), aportaciones de capital —verificación de las aportaciones no dinerarias (art. 38), suscripción por profesionales (art. 39.2), aumento de capital (art. 42), autorización de un futuro aumento de capital (art. 43), reducción de capital (art. 45), protección de los acreedores en caso de reducción del capital (art. 46), acciones propias (art. 49), entrega y transmisión de acciones (art. 54) o acceso a medios de financiación (art. 56)—, órganos de la sociedad —sistema dual o monista (art. 61), órgano de dirección (art. 62), órgano de vigilancia (art. 63), órgano de administración (art. 66), condiciones de elegibilidad (art. 69)<sup>98</sup> y operaciones sujetas a autorización (art. 72)—, Junta general —forma de decisión (art. 81) y organización y desarrollo (art. 82)—, publicidad de las cuentas anuales (art. 104), publicidad de las cuentas consolidadas (art. 112), cuentas anuales y cuentas consolidadas de los bancos y empresas de seguro (art. 113), grupos de sociedades (art. 114)<sup>99</sup>, disolución (arts. 115 y 116), liquidación (art. 120.2) y procedimientos de insolvencia y suspensión de pagos (art. 129) o, en su caso, constitución por fusión (arts. 18.2, 21.1, 21.1 bis, 22.1, 22.2, 23, 24.1, 26, 27.2, 28 y 29)<sup>100</sup>.

Sociedad Europea sin pasar por su disolución, cuando esta sociedad tenga su domicilio y su administración central en la Comunidad y una filial o un establecimiento permanente en un Estado miembro distinto del de su domicilio». Determinados aspectos de la vida de la sociedad —así, por ejemplo, el derecho de suscripción de los accionistas contemplado en el artículo 44— están regulados expresamente por normas materiales especiales, sin recurrir a norma de conflicto de leyes alguna.

<sup>97</sup> El artículo 7.1 de la Propuesta de Reglamento establece que las sociedades anónimas se registrarán por las disposiciones uniformes del Reglamento y, en su defecto, por la legislación sobre sociedades anónimas del Estado del domicilio de la Sociedad Europea, pudiendo tanto uno como la otra autorizar a las partes la inclusión de determinadas disposiciones en los estatutos de la Sociedad. El abandono de la conexión «nacionalidad» —aun coincidente generalmente con el del «domicilio»—, es consecuencia directa de la crisis de la ley nacional y, sobre todo, del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el artículo 7 del Tratado de Roma constitutivo de la CEE.

<sup>98</sup> En este caso se aplica cumulativamente la ley personal del potencial miembro y la ley del Estado del domicilio de la Sociedad, siendo también requisito necesario que ninguna decisión judicial o administrativa pronunciada o reconocida en un Estado miembro lo impida.

<sup>99</sup> De acuerdo con este precepto, «Los derechos y obligaciones de una empresa relativos a la protección de los accionistas minoritarios, así como de terceros, que sean consecuencia del control ejercido sobre una Sociedad Europea, serán los establecidos por el Derecho aplicable a las sociedades anónimas con arreglo a legislación del Estado del domicilio de la Sociedad Anónima», sin perjuicio de «las obligaciones que incumben a la empresa que ejerce el control en virtud de la legislación por la que se rige».

<sup>100</sup> Todos estos preceptos remiten a las leyes a las que estén sometidas las sociedades fundadoras. Una opción a favor de la ley de una de las sociedades fundadoras o de la ley del Estado del futuro domicilio de la Sociedad Europea en lugar de la aplicación cumulativa de todas las sociedades fundadoras puede encontrarse, sin embargo, en los artículos 24 bis.1 y 3 (la ley de futuro domicilio del Estado de la Sociedad Europea es aplicable por las autoridades competentes de este Estado a la parte del procedimiento correspondiente a la realización de la fusión y la constitución de la Sociedad Europea), 29 (la nulidad de una fusión sólo podrá declararse por defecto del control de legalidad cuando la legislación del Estado del domicilio de la Sociedad Europea estipule esta causa de nulidad para las sociedades anónimas nacionales) y 30 bis (si una de las sociedades fundadoras posee como mínimo el 90% de las acciones de cualquier otra sociedad fundadora, la fusión podrá efectuarse con arreglo al sistema simplificado que prevea la legislación

Resulta muy interesante destacar, por otra parte, que muchas de estas normas de conflicto de leyes se refieren a materias ya armonizadas a partir de una directiva de sociedades<sup>101</sup>, lo que relativiza en gran medida el «conflicto» entre dos leyes que teóricamente deberían coincidir pero muestra al tiempo la distinción práctica que supone legislar a través de directivas —que implican necesariamente una incorporación a cada Estado miembro— o de reglamentos: en realidad la verdadera función de estas normas de conflicto de leyes no es delimitadora sino clarificadora, proporcionando seguridad jurídica al señalar la ley aplicable a un concreto aspecto de la vida de la sociedad, con independencia de que el contenido específico de la regulación de tal materia daba coincidir en todos los Estados miembros.

Conviene destacar, por lo que hace referencia a la competencia judicial, que la Propuesta de Reglamento establece en su artículo 115.3 la competencia exclusiva de los tribunales del domicilio de la Sociedad Europea respecto a su disolución —cuestión ya reglada de manera semejante en el artículo 16 del Convenio de Bruselas, en el artículo 16 del Convenio de Lugano y en el artículo 22.1.<sup>a</sup> de la LOPJ— y en su artículo 117 bis la posibilidad de disolución por los tribunales del domicilio de la Sociedad Europea si comprueba que el domicilio ha sido trasladado fuera del territorio de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Por otra parte, la versión de 1989 establecía en su artículo 46.2 un foro de competencia exclusiva a favor de los tribunales del domicilio de la Sociedad Europea respecto a los litigios derivados de los efectos de la reducción de capital de una Sociedad Europea; aparentemente, este apartado ha sido suprimido en la versión de 1991.

En fin, tienen también interés específico aquellos preceptos en los que el propio Reglamento incorpora por referencia las disposiciones de una directiva concreta, disposiciones que son de esta manera utilizadas como verdaderas normas uniformes en materias distintas a las que justificaron la redacción del acto meramente armonizador. El propio contenido de la directiva —no la incorporación realizada en cada Estado miembro— alcanza así efecto directo<sup>102</sup>.

La suerte de la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Europea está estrechamente vinculada —como ha habido ocasión de mostrar— a la resolución del problema de la participación de los trabajadores en el gobierno de las empresas, cuestión que debe Armonizarse tanto respecto a las empresas que trabajan en los respectivos mercados internos

---

del Estado miembro a que esté sujeta la primera sociedad; si una de las sociedades fundadoras posee —directamente o a través de otras sociedades que controle— como mínimo el 90% de las acciones de las sociedades fundadoras la fusión podrá efectuarse con arreglo al sistema simplificado que prevea la legislación del Estado miembro a que esté sujeta esta sociedad).

<sup>101</sup> Así, entre otros muchos ejemplos, el artículo 9 cuando establece que «Los actos e indicaciones relativos a la SE sujetos a publicidad por el presente Reglamento, serán publicados en el modo establecido por la legislación de cada Estado miembro, de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE»; el artículo 38.2 ter cuando afirma que «Serán de aplicación las disposiciones del Derecho del Estado del domicilio de la SE relativas a la verificación de las aportaciones no dinerarias, adoptadas en aplicación del artículo 10 de la Directiva 77/91/CEE», o el artículo 132 cuando declara que la fusión de una SE con otras SE o con sociedades anónimas que tengan su domicilio en el mismo Estado miembro se realizará de acuerdo con las disposiciones nacionales adoptadas por el Estado considerado en aplicación de la Directiva 78/855/CEE.

<sup>102</sup> Vid., entre otros muchos ejemplos, el artículo 101.3.b: «Para la formulación de las cuentas anuales se aplicarán las disposiciones de los artículos 2, 3, 4, 6 y 7 de la Directiva 78/660/CEE».

cuanto para las que se dedican al comercio intracomunitario. La lentitud de los progresos alcanzados en los trabajos relativos a la 5.<sup>a</sup> Directiva sobre sociedades y la urgencia por poner en funcionamiento la Sociedad Europea en 1993 ha aconsejado desvincular la aludida cuestión de la participación de los trabajadores en las Sociedades Europeas y en el resto de sociedades: ello explica que la Comisión haya presentado en junio de 1991 —junto a la Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Anónima— una Propuesta de Directiva por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo relativo a la posición de los trabajadores, Propuesta que contiene un elenco de normas materiales especiales de Derecho internacional privado «intracomunitarias» aplicables a las sociedades europeas a la par que varias normas de conflicto de leyes sin prejuzgar con ello las soluciones que —es de esperar— se alcancen algún día respecto a la 5.<sup>a</sup> Directiva sobre sociedades.

36. El Reglamento CEE del Consejo 2137/85, de 25 de julio de 1985, instituyendo las Agrupaciones Europeas de Interés Económico (AEIE)<sup>103</sup>, constituye otro ejemplo de gran interés porque establece un régimen uniforme para las AEIE y un catálogo de normas de conflictos de leyes —cabría citar las contenidas en los artículos 1<sup>104</sup>, 2<sup>105</sup>, 9<sup>106</sup>, 14.4<sup>107</sup>, 15<sup>108</sup>, 19<sup>109</sup>, 24<sup>110</sup>, 32.3<sup>111</sup>,

<sup>103</sup> JOCE L 199 de 31 de julio de 1985.

<sup>104</sup> Las AEIE tienen capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo otros actos jurídicos, así como capacidad para litigar; pero su capacidad jurídica se rige por la ley del Estado miembro donde se encuentra su sede.

<sup>105</sup> El contrato de agrupación —excepto para las cuestiones relativas al Estado y a la capacidad de las personas jurídicas— y el funcionamiento interno de la agrupación se regirán por la ley interna —excluyendo el posible reenvío— del Estado de la sede de la AEIE.

<sup>106</sup> Los actos e indicaciones que deben ser publicados en virtud del Reglamento 2137/85 serán oponibles a terceros por la agrupación en las condiciones previstas en la ley del Estado de sede de la AEIE, de conformidad con los artículos 3.5 y 3.7 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo de 9 de marzo de 1968 (Primera Directiva de sociedades). Obsérvese que se trata de un nuevo ejemplo de incorporación por referencia de una Directiva en un Reglamento.

<sup>107</sup> En caso de transferencia de sede que origine un cambio de ley aplicable, la ley del Estado de la sede primitiva podrá prever que la transferencia no surta efecto si, en el plazo de dos meses tras la publicación del proyecto de transferencia, se opone una autoridad competente de dicho Estado por razones de interés público, oposición que debe poder recurrirse ante una autoridad judicial.

<sup>108</sup> La ley del Estado de sede de la AEIE será aplicable para determinar las causas de nulidad de la AEIE, nulidad que debe ser comprobada o declarada por decisión judicial. Obsérvese que ello implica indirectamente un supuesto de *forum legis* que conlleva la competencia judicial internacional exclusiva de los tribunales del Estado de sede.

<sup>109</sup> No pueden ser administradores de una AEIE las personas que no puedan pertenecer al órgano de administración o de dirección de una sociedad, no puedan administrar una empresa o no puedan actuar en calidad de administrador de una AEIE de acuerdo con a) la ley personal de esta persona, b) la ley de la sede de la AEIE o c) una decisión judicial o administrativa pronunciada o reconocida en un Estado miembro. Obsérvese que se exige la aquiescencia de ambas leyes —que son, por tanto, de aplicación acumulativa— y que se produce un reconocimiento automático en todo el territorio de la Comunidad de las decisiones judiciales o administrativas dictadas en cualquier Estado miembro e incluso de las dictadas en un Estado no miembro en la medida en que han sido reconocidas por un Estado miembro.

<sup>110</sup> La ley de la sede AEIE (la «ley nacional») determina las consecuencias de la responsabilidad solidaria e indefinida de los miembros de la agrupación por sus deudas.

<sup>111</sup> Los tribunales del Estado de la sede de una AEIE pueden declarar, si su ley lo permite y a petición de una autoridad competente, la disolución de tal agrupación si su actividad se opone al interés público de tal Estado.

35.2<sup>112</sup>, 36<sup>113</sup>, 37<sup>114</sup> y 39<sup>115</sup> que designan la ley del Estado de la sede de la AEIE como ley aplicable a aquellos aspectos no uniformados por el Reglamento. Por su parte, el artículo 38 reconoce formalmente que la autoridad competente de un Estado miembro podrá prohibir las actividades de una AEIE contrarias al interés público de este Estado y el artículo 42 crea un Comité de contacto —con representantes de los Estados de la Comisión— para, por una parte, facilitar la aplicación del Reglamento mediante consultas regulares referentes en particular a los problemas concretos que plantea su aplicación y, por otra, aconsejar complementos o enmiendas<sup>116</sup>. El Reglamento, que entró en vigor el 9 de julio de 1989<sup>117</sup>, determina también la ley aplicable al régimen fiscal: corresponde siempre gravar al Estado donde la Agrupación tenga su sede —establecimiento permanente— pese a que la Agrupación esté llevando a cabo su actividad en un Estado miembro diferente.

37. Junto a la Sociedad Europea y a la Agrupación Europea de Interés Económico se vislumbra a medio plazo un tercer perfil societario típicamente comunitario: la Asociación Europea. El Anteproyecto de Estatuto Europeo de Asociaciones presenta también la forma de Reglamento y su objetivo es ofrecer a las asociaciones «europeas» —es decir, aquéllas constituidas por al menos tres personas físicas o jurídicas siempre que sean nacionales o estén establecidas en dos o más Estados miembros de la Comunidad Europea (art. 3)— un marco jurídico adecuado a los efectos de que puedan actuar en todo el territorio comunitario y cooperar con sus homólogos de los otros Estados miembros, estableciendo para ello la aplicación —respecto a aquellas cuestiones no reguladas por el Reglamento— de la ley de tal Estado (art. 2), ley que resultará también aplicable a la disolución y a la liquidación.

38. Probablemente en un inmediato futuro los reglamentos más relevantes desde la perspectiva del Derecho internacional privado sean los que afectan a determinados aspectos del régimen de la propiedad industrial y, en concreto, los referidos a marcas, diseños industriales y productos vegetales. Es bien conocido que ya en 1975 y, posteriormente, en 1989, los Estados miembros de las Comunidades Europeas acordaron un régimen uniforme para las patentes comunitarias, es

---

<sup>112</sup> La liquidación de la agrupación y el cierre de la liquidación se registrarán por la ley del Estado de sede de la AEIE.

<sup>113</sup> Las AEIE se someterán a las disposiciones de la ley del Estado de la sede que regulan la insolvencia y la cesación de pagos.

<sup>114</sup> La prescripción de las acciones contra un antiguo miembro de la AEIE tras su cese como miembro o tras la liquidación de la agrupación se regirá por la ley del Estado de la sede de la AEIE, si bien el plazo no podrá ser superior a cinco años. Se trata, por tanto, de una norma de conflicto matizada.

<sup>115</sup> La ley del Estado de la sede de la AEIE determinará la forma de inscripción de la AEIE y la publicación de tal inscripción en su Boletín Oficial.

<sup>116</sup> Se trata, como veremos más adelante, de una medida interesante que puede coadyuvar a una mejor aplicación del Reglamento sin necesidad de recurrir en cualquier supuesto al Tribunal de Justicia.

<sup>117</sup> Vid. la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico (BOE 103, de 30 de abril de 1991).



decir, patentes obtenidas de acuerdo con el procedimiento establecido en el Convenio de Munich de 1973 sobre la patente europea y válidas en todo el territorio comunitario<sup>118</sup>. El Convenio de Luxemburgo de 1975 encontró, sin embargo, un obstáculo que devino insalvable: debía ser ratificado por todos los parlamentarios nacionales de los Estados miembros antes de entrar en vigor. Ello explica que, respecto al resto de materias relativas a la propiedad industrial, haya parecido más aconsejable la fórmula del reglamento manteniendo el esquema básico de trabajo inaugurado con el convenio sobre patentes: así, la Propuesta de Reglamento sobre la Marca Comunitaria de 27 de mayo de 1988, que modifica las anteriores propuestas de 1980 y 1984<sup>119</sup>, la Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales de 6 de septiembre de 1990<sup>120</sup> y el Anteproyecto de Propuesta de Reglamento sobre el diseño industrial comunitario<sup>121</sup>. Se trata, en definitiva, de ejemplos palpables que muestran hasta qué punto es mucho más operativo —facilita entre otras cosas, la negociación, la entrada en vigor, la interpretación, la aplicación y la modificación— un reglamento comunitario que un convenio internacional y cómo las experiencias en la negociación de un convenio se vierten más tarde en diversos reglamentos sobre materias paralelas.

39. Algunos reglamentos en materia de libre circulación de personas incluyen normas de conflicto o reenvían directamente a las normas de conflicto de los Estados miembros. Así, el conocido Reglamento 1612/68 establece, entre otras muchas consideraciones, que las condiciones de empleo de un nacional de un Estado miembro que trabaje en otro Estado miembro se regirán por la ley del Estado miembro donde se efectúe el trabajo, asimilándose el nacional del otro Estado miembro a los nacionales del Estado miembro de acogida. El Reglamento impone, en cualquier caso, unas obligaciones a los Estados miembros para garantizar la igualdad de oportunidades y de trato: así, por ejemplo, el ámbito efectivo de los beneficios respecto

<sup>118</sup> Vid., al respecto, M. DESANTES REAL, «Un nuevo marco jurídico para las patentes comunitarias; el Acuerdo de 15 de diciembre de 1989», *SECOMEX*, n.º 86, 17-23 diciembre 1990, pp. 1-3; íd. «Instancias jurisdiccionales y normas sobre competencia judicial internacional en el Acuerdo sobre la Patente Comunitaria», *La Ley. Comunidades Europeas*, 1991, n.º 67, pp. 1-3; íd. «El Acuerdo sobre patentes comunitarias de 1989: competencia *rationae materiae* de los órganos encargados de su aplicación», *Noticias CEE* n.º 86, marzo 1992, pp. 31-44; íd. «La patente comunitaria y la crisis del principio de territorialidad», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLII (1991), pp. 323-350. Los ejemplos de normas materiales especiales de Derecho internacional privado son cuantiosos en el Acuerdo: así, y como botón de muestra, no es posible imponer una patente obligatoria por falta o insuficiencia de explotación si el producto cubierto por la patente, que ha sido manufacturado en otro Estado miembro, ha sido introducido en el mercado del Estado miembro donde se reclama la patente obligatoria en cantidad suficiente para satisfacer su demanda, salvo que se trate de licencias obligatorias otorgadas en interés público. El Acuerdo no implica, sin embargo, una uniformación total, de ahí que resulten todavía de extrema importancia las normas de atribución de los diferentes Estados miembros y, sobre todo, las normas de competencia judicial internacional uniformes establecidas en sus artículos 66 a 74 y en el Protocolo sobre los litigios.

<sup>119</sup> Vid. *Rivista di Diritto Industriale*, 1990-1, pp. 152 ss.

<sup>120</sup> Com. (90) 347 final (*DOCE* C 244 de 28 de septiembre de 1990).

<sup>121</sup> Incluido como Anexo 1 en el Libro Verde de la Comisión sobre la Protección Jurídica del Diseño Industrial (Bruselas, junio de 1991, doc. III/F/5131/91-ES).

al cónyuge y a los hijos viene recogido por la *lex fori* pero con una notable incidencia directa del principio de no discriminación<sup>122</sup>.

40. Presentan gran interés, aunque no puedan tampoco incluirse estrictamente en el ámbito del Derecho internacional privado, los Reglamentos en materia de Seguridad Social que propugnan el desarrollo del artículo 51 del TCEE, complemento indispensable para lograr la libre circulación de trabajadores. Con ellos se pretende, entre otros objetivos de menor relevancia, *a*) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales a los efectos de adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales y calcular el alcance de tales derechos, *b*) así como la realización del pago de las prestaciones en el Estado de acogida.

La consecución de este objetivo implica poner en pie un complejo sistema que permita coordinar los dispares órdenes jurídicos nacionales con la mayor eficiencia posible. Dado que el método no es fundamentalmente el de uniformación sino el de coordinación, los Reglamentos en materia de Seguridad Social deben contener normas de conflicto de leyes específicas que designan en cada caso el orden jurídico aplicable, normas que van a ser aplicadas en un contexto «vertical» —relaciones entre el individuo y los diferentes Estados afectados— o, en todo caso, «horizontal-estatal» —relaciones entre los diferentes Estados afectados— pero no «horizontal-privado», es decir, no en el contexto de una pura relación privada<sup>123</sup>. Incluso en el supuesto de que las diversas relaciones laborales implicadas —contrato de trabajo en el país de origen, contrato de trabajo en el país de acogida— sean todas ellas relaciones privadas internacionales, los conflictos de leyes en materia de Seguridad Social no afectarán al Derecho internacional privado salvo en la medida en que, en el marco de la relación privada, una de las partes hubiere incumplido sus obligaciones perjudicando con ello a la otra: así, por ejemplo, cuando el empleador retiene las cuotas debidas a la Seguridad Social y no las ingresa posteriormente en la correspondiente tesorería<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> Tanto la normativa de desarrollo del Reglamento 1612/68 cuanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han clarificado en buena medida las condiciones de aplicación del principio de no discriminación. Así, por ejemplo, el Reglamento 1251/70 establece que el beneficiario puede continuar residiendo en el Estado miembro de acogida si cesa en su trabajo, entre otras razones, por llegar a la edad de jubilación establecida en ese Estado miembro o, si nada se establece, a los sesenta y cinco años; y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de abril de 1986 (59/85, Países Bajos c. Ann Flor, *Rec.* 1986, pp. 1283 ss.) reconoce que si en Holanda se permite la residencia de los extranjeros que forman pareja aun no casados con un holandés, se permite también la residencia de los compañeros de trabajadores de otros Estados miembros residentes en Holanda.

<sup>123</sup> El Reglamento 1408/71 establece como conexión básica el *loci laboris*. Sin embargo, caso —por ejemplo, en los contratos de transporte internacional— se realice la prestación en varios Estados miembros, será competente el orden jurídico del Estado donde se ubique el establecimiento donde ha sido contratado. Obsérvese la similitud con el artículo 6 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y la correlación estructural *forum-ius* que se produce respecto a la aplicación de los respectivos artículos 5.1 de los Convenios de Bruselas y Lugano sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

<sup>124</sup> Una reflexión semejante podría aplicarse a otras materias como el Derecho penal internacional o el Derecho fiscal internacional, donde pueden encontrarse también relaciones de doble naturaleza. Por una parte, «verticales», en las relaciones entre el individuo y cada uno de los Estados afectados, donde aparecen problemas relativos a la competencia judicial internacional e incluso a la ley aplicable, pese a tratarse de normas de Derecho público; por otra, «horizontes estatales», cifradas mayoritariamente en el ámbito de la cooperación interestatal: así, los convenios de extradición o para evitar la doble imposición.

Pero es evidente que la normativa sobre Seguridad Social no incluye normas de conflicto de leyes específicamente consagradas a determinar la ley aplicable a una relación privada internacional de carácter laboral<sup>125</sup>.

El objetivo de las normas de conflicto de leyes establecidas por el Título II del Reglamento 1408/71 no se reduce, sin embargo, a evitar la aplicación simultánea de diversas legislaciones nacionales. Tales normas pretenden también conseguir que las personas afectadas por el Reglamento no se vean privadas de protección en materia de Seguridad Social por el hecho de no verse contempladas en la legislación que resulte aplicable. En consecuencia, el Tribunal de Justicia no ha tenido ningún inconveniente en afirmar recientemente que el Reglamento mencionado contiene normas de conflicto que designan la ley aplicable al régimen de la Seguridad Social, si bien la filosofía del Reglamento hace que no pueda oponerse —es decir, que resulte contrario al orden público «comunitario»— a un trabajador «una cláusula de la legislación aplicable de un Estado miembro en virtud de la cual la admisión al régimen de seguridad social previsto se subordina a la condición de que el navío a bordo del cual está ocupado el trabajador posee pabellón de este Estado miembro» ni tampoco «cualquier cláusula de la legislación de este Estado miembro que prevea la nulidad del contrato de trabajo, en la medida en que ello impida a la norma de conflicto enunciada en esta disposición (art. 14.2.c del Reglamento 1408/71) desarrollar con plenitud sus efectos<sup>126</sup>.

En fin, en ocasiones la aplicación de los Reglamentos sobre Seguridad Social implica necesariamente el recurso a cuestiones previas que sí se incluyen en el ámbito de la relación jurídico-privada internacional e implican por tanto el recurso al Derecho internacional privado. Así, por ejemplo, el artículo 93 del Reglamento 1408/71 obliga a los Estados miembros a reconocer el derecho de subrogación que tiene la correspondiente Seguridad Social que ha abonado determinados beneficios como consecuencia de un daño producido en otro Estado miembro —aunque no pudiera derivarse tal daño directamente de la prestación laboral— cuando exista un tercero responsable. La obligación de compensación de este tercero deriva, en cualquier caso, de la ley aplicable —generalmente la *lex loci delicti*— en virtud de las normas de Derecho internacional privado del foro<sup>127</sup>.

41. Aun incluido también —como en el caso anterior— en el apartado que J. C. FERNÁNDEZ ROZAS denomina «técnicas del Derecho internacional privado en la aplicación del Derecho comunitario»<sup>128</sup>, resulta interesante, en el contexto de esta re-

<sup>125</sup> Así lo ha afirmado recientemente con claridad el Tribunal de Justicia en la Sentencia de la 6.ª Sala de 4 de octubre de 1991 (C-196/90, *Foonds voor Arbeidsongevallen c. Madeleine De Paep*, *Rec.* 1991, pp. I-4815 ss.: «El Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, [...] no contiene normas de conflicto relativas a la ley aplicable a la relación laboral existente entre el trabajador y el empleador».

<sup>126</sup> Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 1991, cit. *supra*.

<sup>127</sup> Vid., al respecto, las Sentencias del TJCE de 16 de mayo de 1973 (78/82, *L'Etoile Syndicat Général c. De Waal*, *Rec.* 1973, pp. 499 ss.) y 16 de febrero de 1977 (72/76, *Landesversicherungsanstalt Rheinland-Pfalz v. H. Töpfer*, *Rec.* 1977, pp. 271 ss.).

<sup>128</sup> J. D. FERNÁNDEZ ROZAS, «Derecho...», cit., p. 814.

flexión general sobre el recurso al reglamento como fuente del derecho internacional privado, hacer una breve referencia a los Reglamentos que desarrollan los artículos 85 y 86 del TCEE.

Los Reglamentos en materia de competencia establecen, en efecto, un sistema completo donde hay escasa cabida para la aplicación de los diversos órdenes nacionales. Es un nuevo ejemplo que muestra cómo la uniformación restringe el ámbito de los conflictos de leyes intracomunitarias consolidando al tiempo la aplicación del derecho comunitario por los tribunales de los Estados miembros en tanto que *lex fori* del conjunto de la Comunidad. Los verdaderos conflictos se plantearán, por tanto, a un doble nivel: por una parte, vertical, es decir, entre el Derecho comunitario y los diferentes órdenes jurídicos nacionales; por otra, horizontal, a saber, entre el Derecho comunitario y los órdenes jurídicos de terceros Estados. Ninguno de estos conflictos se refiere directamente, sin embargo, a la relación jurídico-privada internacional subyacente —sí que se verá afectada, por supuesto, de modo indirecto—, puesto que cada orden jurídico determina unilateralmente su propio ámbito de aplicación y no es por ello extraño que una misma relación se encuentre sujeta a las normas sobre la competencia comunitaria y a las de uno o varios Estados terceros.

#### 4. Las directrices y el Derecho internacional privado

42. La armonización de legislaciones —considerada *stricto sensu*— no pretendía superar pero sí relativizar los problemas ocasionados por la existencia de órdenes jurídicos divergentes respecto a la regulación de un concreto instituto: la directiva aparecía de este modo como el instrumento adecuado para cumplir la exigencia del artículo 3 del TCEE, según el cual «la acción de la Comunidad llevará consigo, como medio para alcanzar los fines previstos en el artículo 2.º [...] h) la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común». La práctica ha demostrado, sin embargo, que, por una parte, un gran número —*in crescendo*— de directivas son cuasi-reglamentos o reglamentos encubiertos por la minuciosidad que imponen en sus enunciados<sup>129</sup> y que, por otra, la directiva no siempre cumple adecuadamente su función armonizadora y es fuente constante de divergencias de interpretación —pese a la labor del Tribunal de Justicia— tanto por parte de las autoridades cuanto de los tribunales nacionales. No es correcto, por tanto, efectuar sin más una asimilación entre directiva-armonización y reglamento-uniformación en la medida en que el límite entre armonización y uniformación es impreciso y se trata de conceptos que implican, en definitiva, grados de aproximación: una directiva puede ser más uniformadora que un reglamento, y no faltan ejemplos que avalan esta tesis. Con todo, la directiva como instrumento de armonización no puede ser en modo alguno considerada como una técnica feliz y

---

<sup>129</sup> El propio Tribunal de Justicia ha reconocido que en muchas ocasiones el objetivo de una directiva puede ser no tanto la armonización cuanto la uniformación: vid., por ejemplo, la Sentencia del TJCE de 22 de noviembre de 1978 (38/77, Enka c. Inspecteur der Invoerrechten, *Rec.* 1978, pp. 2203 ss.).

en muchas ocasiones no hace sino contribuir a la multiplicación de conflictos al incorporarse incompleta, errónea, tardía o divergentemente en los Estados miembros.

Con mayor frecuencia que en el caso de los reglamentos, las directrices se han visto en ocasiones obligadas a formular normas que resuelvan tanto los conflictos cuanto de jurisdicciones y a desarrollar normas materiales especiales de Derecho internacional privado, normas todas ellas que se integran de este modo en los diferentes sistemas estatales de Derecho internacional privado a partir de su dimensión institucional: el catálogo es cada día más amplio, si bien sólo las referencias a sociedades y seguros merecerán un tratamiento específico a continuación<sup>130</sup>. En ocasiones, por otra parte, las directivas —especialmente las relativas al derecho de establecimiento— incorporan mecanismos de cooperación judicial y/o administrativo entre los Estados miembros e incluso prevén la eficacia directa en uno de ellos de actos celebrados o documentos emitidos en cualquiera de los otros: tal es el caso, por ejemplo, de las directivas que prevén que, en los supuestos en que el Estado miembro de acogida requiera la prueba de la existencia de medios económicos, los certificados expedidos por instituciones financieras en el Estado de origen son equivalentes a los expedidos en el Estado de acogida<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> No son estos sectores, sin embargo, los únicos en los que pueden identificarse normas de Derecho internacional privado «intracomunitario». A título de ejemplo, podrían traerse a colación otros: así, la Directiva de 3 de octubre de 1989 relativa al ejercicio de actividad de radiodifusión televisiva (*DOCE* L 298 de 17 de octubre de 1989), cuyo objetivo es permitir la libre recepción y retransmisión de emisiones provenientes de otro Estado miembro y conformes al derecho nacional del país de emisión, para lo que se procede a armonizar los órdenes jurídicos de los Estados miembros imponiendo unos mínimos; el Proyecto —hoy abandonado— de Propuesta de Directiva CEE del Consejo de 1980 sobre los efectos jurídicos de los contratos con reserva de dominio simple sobre mercancías (Doc. III/D278/80-FR, citado por S. Sánchez Lorenzo, «Las tentativas de regulación de los efectos de la cláusula de reserva de dominio en el Consejo de Europa y en las Comunidades Europeas», *La Ley. Comunidades Europeas*, año 4. 1988-2, pp. 3-26); la Propuesta de Directiva del Consejo de 15 de octubre de 1992 relativa a la protección de las personas en lo referente al tratamiento y a la libre circulación de datos personales [*DOCE* C 311, de 27 de noviembre de 1992 y COM (92) 422], que introduce como conexión el criterio de la «ubicación del fichero»: vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en Derecho internacional privado», *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 417-441, especim. 435-439; la Propuesta de Directiva de 3 de septiembre de 1990 sobre cláusulas abusivas en contratos de consumo [COM (90) 322 final]; la Propuesta de Directiva del Consejo de 6 de diciembre de 1990 relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros Estado miembros [COM (90) 595 final]; o la Propuesta de Directiva del Consejo sobre aproximación de disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de restitución de bienes culturales desplazados ilícitamente del territorio de un Estado miembro. Vid. este elenco desarrollado en M. DESANTES REAL, «España ante...», cit., pp. 209 ss., especim. 222.

<sup>131</sup> Obsérvese que se abre de este modo una vía de investigación de gran interés, a saber, determinar en qué medida a) la eficacia directa del Derecho comunitario o b) un acto concreto de derecho derivado consagra una obligación de cooperación judicial o administrativa entre los Estados miembros o una obligación de reconocimiento automático de actos y documentos procedentes de otro Estado miembro. El funcionamiento de la Comunidad implica necesariamente un continuo reconocimiento en un Estado miembro de actos y documentos provenientes de los otros Estados miembros y en esta dinámica se incluyen, por ejemplo, todas las directivas sobre reconocimiento de títulos.

43. Numerosas directivas establecen un elenco de normas uniformes aplicables a las relaciones privadas intracomunitarias, normas en las que resulta complejo en ocasiones distinguir aquellas que establecen los requisitos de acceso a la actividad privada —encuadrables en el ámbito de la condición jurídica del extranjero y no en el ámbito propio del Derecho internacional privado— de aquellas otras que regulan el ejercicio de tal actividad privada. Podrían considerarse probablemente como ejemplos de estas últimas todas las normas que regulan la actividad de sucursales de empresas establecidas en otros Estados miembros: así, a) la Directiva 77/880/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (1.<sup>a</sup> Directiva bancaria), cuyo artículo 4.1 posibilita a los Estados miembros someter la actuación de sucursales de bancos establecidos en otros Estados miembros a una autorización previa si así viene específicamente prevista por la ley donde el banco tiene su establecimiento, autorización que, sin embargo, está sometida a determinados requisitos impuestos por la propia Directiva; o b) la Directiva 89/117/CEE del Consejo, de 13 de febrero de 1989, relativa a las obligaciones en materia de publicidad de documentación contables de sucursales establecidas en un Estado miembro, de establecimientos de crédito y de establecimientos financieros que tienen su sede social fuera del territorio de tal Estado miembro<sup>132</sup>, que establece un elenco de normas uniformes que son en realidad normas materiales especiales de Derecho internacional privado «intracomunitario» dentro del sistema de Derecho internacional privado de cada Estado miembro. En el mismo sentido podría citarse la Directiva 78/743/CEE del Consejo sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al coaseguro comunitario<sup>133</sup>, cuyo artículo 2.1.º establece que «Solamente estarán reguladas por la presente Directiva las operaciones de coaseguro comunitario que cumplan las condiciones siguientes: [...] d) al menos uno de los coaseguradores ha de participar en el contrato por medio de su domicilio social o de una agencia o sucursal establecida en un Estado miembro distinto del Estado de la entidad abridora».

En otras ocasiones —las más— las normas incorporadas a una directiva se aplican a todos los supuestos, sean internacionales o internos, configurándose como normas imperativas que no pueden ser limitadas o excluidas por la voluntad de las partes: así, por ejemplo, el artículo 12 de la Directiva 85/374 de 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad por la fabricación de productos. Ello no implica necesariamente una eliminación de los conflictos de leyes: la misma Directiva posibilita que cada Estado miembro extienda —no limite— la responsabilidad del infractor y, aunque armoniza ciertos aspectos de la responsabilidad contractual por la fabricación de productos, deja muchas otras cuestiones al albedrío de los Estados miembros sin proponer normas de conflicto de leyes uniformes que procuren una solución común en caso de que los tribunales de varios Estados puedan declararse competentes<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> DOCE L 44 de 16 de febrero de 1989, p. 40.

<sup>133</sup> DOCE L 151 de 7 de junio de 1978, p. 25.

<sup>134</sup> Es conocido que los Estados miembros se vieron obligados a abandonar en 1972 el Anteproyecto de Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales para centrar la ne-

44. En fin, existen también directivas que contemplan objetivamente la existencia de relaciones privadas internacionales —y, sobre todo, de relaciones privadas «intracomunitarias»— y establecen normas de conflicto de leyes y/o normas materiales especiales *ad hoc* para resolver los posibles conflictos, contribuyendo de esta manera a armonizar los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros de las Comunidades Europeas: sectores como las sociedades y los seguros constituyen ejemplos que interesa, aun brevemente, considerar antes de proceder a una evaluación global de la actividad de las Comunidades Europeas en el ámbito propio del Derecho internacional privado.

45. Cinco son las directivas —ya adoptadas o en fase de propuesta— que en materia de sociedades interesan —en mayor o menor proporción— al Derecho internacional privado: por una parte, la Propuesta de 10.<sup>a</sup> Directiva sobre fusiones transfronterizas<sup>135</sup>, que recoge los trabajos del —ya mencionado— Proyecto de Convenio sobre fusiones internacionales de 1973; por otra, la 11.<sup>a</sup> Directiva (89/66/CEE) del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado<sup>136</sup>; en tercer lugar, la conocida Propuesta de Directiva del Consejo de 25 de agosto de 1989<sup>137</sup>, modificada por la Propuesta de 29 de mayo de 1991<sup>138</sup>, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo relativo a la posición de los trabajadores y que pretende desbloquear el problema fundamen-

---

gociación únicamente en las obligaciones contractuales y que el motivo fue la dificultad de alcanzar un acuerdo sobre la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual. La práctica de casi veinte años ha demostrado que el Convenio de La Haya de 1973 no es una solución definitiva —no ha sido, además, ratificado por todos los Estados miembros— que, no obstante, la materia ha experimentado un notable desarrollo en la Comunidad —desarrollo presidido por el principio de especialización— y que, en consecuencia, no debería desecharse la elaboración de normas de atribución comunes aplicables a todos aquellos aspectos en los que no se haya alcanzado todavía una madurez suficiente para proceder a la unificación o a la armonización.

<sup>135</sup> COM (85) 310 final, p. 34.

<sup>136</sup> DOCE L 395 de 30 de diciembre de 1989. La 11.<sup>a</sup> Directiva contiene varias normas de atribución: así, por ejemplo, el artículo 1.1 establece —norma de atribución más norma material— que «Los actos e indicaciones relativos a sucursales en un Estado miembro por sociedades sujetas al Derecho de otro Estado miembro a las que se aplica la Directiva 68/151/CEE se publicarán según el Derecho del Estado miembro donde radique la sucursal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de dicha Directiva»; sin embargo, de acuerdo con el artículo 7.1, «Los actos y las indicaciones relativas a las sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades no sujetas al derecho de un Estado miembro, pero que adoptan una forma jurídica comparable a las contempladas en la Directiva 68/151/CEE serán objeto de publicidad según el Derecho del Estado miembro en el que la sucursal haya sido creada, de conformidad con el artículo 3 de la mencionada Directiva»; en fin, otros preceptos se refieren «al Derecho del Estado miembro al que esté sometida la sociedad» (art. 3) o a «la legislación aplicable a la sociedad» (art. 9). La Directiva tiene como fecha límite de incorporación el 1 de enero de 1993 y no ha sido, consecuentemente, tomada en consideración a la de publicar la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades.

<sup>137</sup> COM (89) 268 final.

<sup>138</sup> DOCE C 138, pp. 8 ss.

tal que atenaza la suerte de la Sociedad Europea<sup>139</sup>; en cuarto término, conviene mencionar la Propuesta de Directiva del Consejo de 6 de diciembre de 1990 relativa a un régimen por el que las empresas asumen las pérdidas registradas por sus establecimientos permanentes y filiales situados en otros Estados miembros<sup>140</sup>; en fin, el artículo 5.2 de la 2.ª Directiva del Consejo (77/91/CEE) de 13 de febrero de 1976 contempla un supuesto específico de *forum legis*<sup>141</sup>. La más relevante es, sin duda, la primera de ellas, que merece una atención particularizada.

46. Es bien conocido —y ha sido mencionado en páginas anteriores— que en 1980 se suspendieron los trabajos dirigidos a la celebración entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas de un Convenio internacional —con base jurídica en el artículo 220 del Tratado de Roma— relativo a las fusiones internacionales de empresas. Convenio que debería posibilitar la absorción de una sociedad de un Estado miembro por otra sociedad de otro Estado miembro. El mayor obstáculo era —lo sigue siendo todavía— la falta de normas armonizadas sobre la representación de los trabajadores en los órganos de las sociedades anónimas, puesto que los Estados miembros cuya legislación posibilitaba una mayor representación de los trabajadores temían que las fusiones internacionales fueran utilizadas como medio para eludir tales normas.

El problema de las fusiones internacionales fue relanzado en 1984 y encuentra hoy nueva actualidad en la perspectiva de la consecución del mercado interior<sup>142</sup>. Desde un principio pareció más conveniente desechar la técnica jurídica del convenio internacional para adoptar la de la directiva: el artículo 220 no debe ser obstáculo para encontrar otra base jurídica en el Tratado de Roma que permita elaborar otros tipos de normas más eficaces y la directiva venía justificada por la directa interpretación del Tribunal de Justicia y por la existencia de la 3.ª Directiva sobre fusiones

---

<sup>139</sup> Destacan en la mencionada Propuesta tres normas de atribución que remiten a la ley del domicilio de la Sociedad Europea: por una parte, el artículo 3.4 establece que las modalidades de aplicación de los modelos de participación en la Sociedad Europea se regirán por la ley del Estado del domicilio de la Sociedad Europea; por otra, el artículo 6.5 afirma que la legislación del Estado del domicilio de la Sociedad Europea podrá permitir que el convenio entre la sociedad y los trabajadores establezca que «el órgano de administración o de dirección de la Sociedad Europea se abstenga de comunicar a los trabajadores o a sus representantes informaciones cuya divulgación pudiera ocasionar graves perjuicios a los intereses de la Sociedad Europea o hacer fracasar sus proyectos»; en fin, de acuerdo con el artículo 6.8 la legislación del Estado del domicilio de la Sociedad Europea será aplicable para determinar el modelo de participación cuando las partes lo decidan o no exista acuerdo sobre un modelo específico.

<sup>140</sup> COM (90) 595 final.

<sup>141</sup> JOCE L 26 de 31 de enero de 1977. Establece el citado precepto que si la ley de un Estado miembro permite la declaración de disolución judicial de una sociedad porque todas las acciones se reúnen en una sola mano o se reduce el número de socios por debajo del mínimo legal, los tribunales de ese Estado «deberán poder conceder a esta sociedad un plazo suficiente para regularizar su situación».

<sup>142</sup> Así, el Libro Blanco presentado por la Comisión en 1985 [Com (85) 310 final, p. 34] deplora la «ausencia de un marco jurídico comunitario» que sin duda favorecería «la actividad transfronteriza de las empresas y la cooperación entre empresas de Estados miembros diferentes». Este marco jurídico —en el que se incardina claramente el problema de las fusiones transfronterizas— implica la elaboración de un catálogo de normas materiales especiales de Derecho internacional privado «intracomunitario» y, allí donde fuere necesario, de normas de conflicto comunes.



internas de 1978<sup>143</sup>, todo lo cual «permite, por lo tanto, asegurar al mismo tiempo la ejecución y la interpretación uniformes de las dos reglamentaciones mejor de lo que sería posible hacer en el caso de dos textos de tipo jurídico diferente»<sup>144</sup>. Se trata, en definitiva, de asegurar un marco jurídico a la cooperación entre empresas sometidas a las legislaciones de Estados miembros diferentes, es decir, de supuestos de tráfico privado internacional, y que parecía que una Directiva (la 10.<sup>a</sup>) podría constituir el marco jurídico adecuado para ello.

La Propuesta de 10.<sup>a</sup> Directiva anunciada posee, por otra parte, una técnica jurídica muy peculiar que conviene destacar: por una parte, una referencia-remisión constante a la 3.<sup>a</sup> Directiva, respecto a todas aquellas cuestiones en las que no parece conveniente ni necesario establecer diferencias entre las fusiones internas y las externas<sup>145</sup>; por otra, un elenco de normas materiales especialmente aplicables a las fusiones transfronterizas «intracomunitarias»<sup>146</sup>; en fin, un catálogo de normas de con-

<sup>143</sup> JOCE L 295 de 20 de octubre de 1978.

<sup>144</sup> Tal es el tenor de la Exposición de motivos de la propuesta de 10.<sup>a</sup> Directiva de 14 de enero de 1985 sobre fusiones transfronterizas (*Boletín de las Comunidades Europeas*, Suplemento 3/85). Obsérvese que esta base jurídica implica, tras la entrada en vigor del Acta Unica Europea, la aplicación del procedimiento de cooperación con el Parlamento Europeo.

<sup>145</sup> Observa M. V. CUARTERO RUBIO (*loc. cit.*, pp. 255-256) que esta fórmula es «especialmente interesante» y pretende minimizar la discontinuidad restando relevancia a la internacionalidad del supuesto, acercando de esta manera el tratamiento jurídico de la fusión internacional al de la fusión interna. Sin embargo, y no sin cierta razón, la Comisión económica, monetaria y de la política industrial del Parlamento Europeo consideró en junio de 1985 que la remisión era una técnica jurídica poco apropiada y escasamente útil (PE 96.674/déf., p. 4: «une proposition de directive [...] qui contient, dans ses 17 articles, 21 renvois a un texte juridique adopté en 1978 a pour effet de décourager les entreprises intéressés par une fusion; de plus elle engendre pertes de temps, dépenses administratives et frais déraisonnables par les consultations juridique qu'elle necesite»), opinión compartida por la Comisión de asuntos sociales y empleo (PE 97.986/déf., pp. 7-8). En fin, la Comisión jurídica y de los derechos de los ciudadanos se sumó a estas críticas y propuso la retirada de la propuesta, haciendo hincapié en la necesidad de adoptar con carácter previo la 5.<sup>a</sup> Directiva relativa a la representación de los trabajadores en los órganos de la sociedad (PE Doc. A 2 - 186/87, Rapport Mme. N. Fontaine). Resulta interesante destacar que el 18 de octubre de 1989 el Comité Económico y Social emitió un Dictamen sobre las consecuencias sociales de las fusiones/concentraciones transfronterizas [CES (89) 1133] donde se plantean varias cuestiones relativas a la interrelación entre la 10.<sup>a</sup> Directiva y los Convenios de Roma y de Bruselas: en caso de fusión transfronteriza, la sociedad que absorbe a otra tiene su sede en un Estado distinto, lo que podría implicar una variación del derecho aplicable a los contratos individuales de trabajo cuando el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país y una variación de las circunstancias que podrá condicionar la aplicación del artículo 6, *in fine* —vínculos más estrechos— del Convenio de Roma, e incluso podría repercutir en la aplicación de los artículos 17, *in fine*, y 5.1, *in fine*, del Convenio de Bruselas.

<sup>146</sup> Vid., entre otros muchos ejemplos, el artículo 2.1 (en caso de fusiones transfronterizas no se aplican el art. 17 ni el art. 22.1.b de la Directiva 78/855), el artículo 2.4 (en caso de fusión transfronteriza los arts. 30 y 31 de la Directiva 78/855 sólo se aplicarán «en la medida en que los otros Estado miembros, bajo cuya legislación están las otras sociedades que participan en esa operación, hacen también uso de ellos») o el artículo 7 (los Estados miembros pueden requerir para una fusión transfronteriza una mayoría más amplia que la que exigen para una fusión interna). En ocasiones la propia Directiva prohíbe taxativamente cualquier norma material especialmente aplicable al tráfico externo en esta materia: así, el artículo 15.2 especifica que «La legislación de un Estado miembro no puede prever casos de nulidad de la fusión transfronteriza no previstos para la fusión de sociedades que están sometidas todas a la legislación de ese Estado miembro».

flicto de leyes para determinados supuestos específicos<sup>147</sup>, normas de conflicto de leyes que matizan y concretan la imprecisa formulación del segundo párrafo del apartado 11 del artículo 9 del Código civil español —«En la fusión de sociedades de distinta nacionalidad se tendrán en cuenta las respectivas leyes personales»— y que en alguna ocasión aparecen combinadas con normas materiales especiales<sup>148</sup>. Conviene mencionar, en fin, que en materia de sociedades tiene especial interés el Comité de contacto creado por el artículo 52 de la 4.<sup>a</sup> Directiva del Consejo (78/660/CEE) de 25 de julio de 1978 relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad<sup>149</sup>, Comité aludido también en las posteriores Directivas y cuya misión principal es facilitar una aplicación armonizada de las directivas sobre sociedades mediante una concertación regular, referida esencialmente a los problemas concretos planteados por su aplicación.

47. La mayor complejidad que va adquiriendo la normativa comunitaria a partir de la progresiva especialización de los institutos que reclaman una armonización repercute, evidentemente, en la especialización de las normas llamadas de «conflicto de leyes». El sector de seguros ofrece un ejemplo evidente de esta afirmación. Así, por ejemplo, en materia de seguro de daños pueden apreciarse hasta cinco escalones de normas de conflicto de leyes diferentes, debiendo además preservarse en todo momento el ámbito de actuación de las normas imperativas del foro y de terceros Estados y teniendo en cuenta que tanto las condiciones de ejercicio de la libre prestación de servicios —normas materiales— cuanto las normas de conflicto de leyes variarán en función de las características del riesgo: por una parte, las normas de conflicto de

---

<sup>147</sup> Ejemplos de normas de atribución aparecen en los artículos 5.2 («El proyecto de fusión transfronteriza se debe elaborar por acta auténtica cuando lo prevé la legislación a la que están sometidas una o varias sociedades que participan en la fusión transfronteriza»), 5.3 («Las personas o instancias competentes para la elaboración del acta auténtica vienen determinadas por la ley del Estado contratante que exija que el proyecto de fusión se debe elaborar por acta auténtica. Si varios Estados miembros exigen el acta auténtica, ésta podrá ser elaborada por toda persona o instancia que sea competente para ello de acuerdo con una cualquiera de las leyes de estos Estados»), 8.3 («El contenido del informe de expertos independientes se rige por la ley del Estado miembro al que pertenece la autoridad judicial o administrativa que ha nombrado a tales expertos»), 9.3 («La posibilidad de que una asamblea de poseedores de títulos considerados en la Directiva 78/855/CEE pueda aprobar una modificación de sus derechos en esa sociedad es regida por la ley de la sociedad absorbida. El derecho de los poseedores de los títulos considerados en la Directiva 78/855/CEE de obtener la compra de sus títulos por la sociedad absorbente viene regido por la ley de la sociedad absorbente»), 13 («La determinación del requisito de respeto de formalidades particulares para la posibilidad de oposición a las terceras personas contra la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones aportadas por la sociedad absorbida se regirá por la ley del Estado miembro a la que está sometida la sociedad absorbida»), 14 («La responsabilidad civil del o de los expertos mencionados en el artículo 8.3 se rige por la ley del Estado miembro al que pertenece la autoridad judicial o administrativa que le o les ha nombrado») o 15.3 («La oposición de terceros en caso de nulidad de la fusión transfronteriza se regirá por la ley del Estado miembro donde se declaró la nulidad»).

<sup>148</sup> Así, y de acuerdo con su artículo 11, la fecha de entrada en vigor de la fusión transfronteriza viene determinada por la ley de la sociedad absorbente; ahora bien —norma material—, «Esta fecha debe ser posterior a la ejecución de los controles y, llegado el caso, a la elaboración de los documentos auténticos considerados en el artículo 10, en todas las sociedades que participan en la operación.

<sup>149</sup> JOCE L 122 de 14 de abril de 1978.

leyes referidas *in genere* a las obligaciones contractuales; por otra, las normas de conflicto de leyes referidas *in specie* al contrato de seguro; en tercer lugar, las normas de conflicto de leyes respecto al seguro de daños; en cuarto término, las normas de conflicto de leyes que determinan la ley aplicable a los seguros obligatorios de daños; en fin, las normas de conflicto de leyes en materia de seguros obligatorios que regulan la responsabilidad civil de vehículos terrestres a motor, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, instalaciones nucleares, productos farmacéuticos, trabajos de construcción, etc. Es evidente que el contexto comunitario ha introducido una notable complejidad en la regulación del sector al contemplar con carácter prioritario las relaciones privadas «intracomunitarias».

Las directivas en materia de seguros, y especialmente las referidas a la libre prestación de servicios, parecen más próximas en su contenido a normas uniformadoras que armonizadoras<sup>150</sup>. Especialmente interesantes resultan para el Derecho internacional privado las respectivas Segundas Directivas de seguro de daños y de seguro de vida<sup>151</sup>, que contienen normas relativas a la ley aplicable referidas a supuestos de riesgos localizados en la Comunidad, normas que revisten una acentuada complejidad —especialmente las referidas al seguro de daños— y que han sufrido numerosas modificaciones desde que comenzaron los trabajos preparatorios. Por lo que hace referencia a la Segunda Directiva de daños, el primer Anteproyecto —elaborado por el Comité Europeo de Aseguradores— data de 1969 y, tras sucesivas Propuestas, tan sólo se logró alcanzar una formulación madura a partir de la de 1984, que respecto a las normas relativas a la ley aplicable varía tan sólo ligeramente con respecto a la

---

<sup>150</sup> Este detalle ha sido puesto de manifiesto recientemente por J. BIGOT, «La loi n. 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen», *La Semaine Juridique*, 21 mars 1990, n.º 12, doctr. 3427. Obsérvese que el propio título de la ley francesa anuncia que su contenido no es sino un conjunto de normas materiales especiales de Derecho internacional privado «intracomunitario», es decir, de normas que afectan a aquellas operaciones por las que un asegurado comunitario no establecido en Francia cubre desde otro Estado miembro un riesgo situado en Francia o en otro Estado miembro distinto al de su establecimiento y a aquellas operaciones por las que un residente en un Estado miembro contrata directamente un seguro con un asegurador establecido en un Estado miembro diferente al del territorio cubierto por el riesgo. En ambos casos el elemento de extranjería resulta relevante y las exigencias de la libre prestación de servicios obligan a establecer normas materiales especiales.

<sup>151</sup> Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE (DOCE L 172 de 4 de julio de 1988), modificada por la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (DOCE L 228 de 11 de agosto de 1992); Segunda Directiva 90/619/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE (DOCE L 330 de 29 de noviembre de 1990), modificada por la Tercera Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (DOCE L 360 de 9 de diciembre de 1992).

acordada en el texto definitivo de 1988<sup>152</sup>. Por su parte, la Segunda Directiva de vida responde a una Propuesta mucho más reciente<sup>153</sup> y contiene en su artículo 4 un catálogo de normas de conflicto de leyes «intracomunitarias».

En fin, y también en el ámbito del seguro de daños, resulta interesante la Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles<sup>154</sup>, Directiva que establece en su artículo 2 la obligación de que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para asegurar que «todas las pólizas de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos: cubran, basándose en una prima única, todo el territorio de la Comunidad, y garanticen basándose en esa prima única, en cada Estado miembro, la cobertura a que obligue su legislación, o la cobertura exigida por la legislación del Estado miembro en el cual el vehículo tenga su estacionamiento habitual cuando esta última sea superior».

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

48. A la hora de realizar una valoración de conjunto sobre la incidencia de la integración de España en las Comunidades Europeas en la elaboración del sistema español de Derecho internacional privado parece aconsejable distinguir dos niveles de reflexión: por una parte, el que viene determinado por las fuentes normativas y por las técnicas de reglamentación típicamente comunitarias, especialmente por las normas materiales especiales y por las normas de conflicto de leyes (1); por otra, el que predica el análisis presumiblemente autónomo —con independencia de la técnica de reglamentación utilizada— de las relaciones privadas «intracomunitarias» respecto de las relaciones privadas internacionales que constituyen la razón de ser de todo sistema estatal de Derecho internacional privado (2).

<sup>152</sup> La Directiva ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados (BOE 304 de 20 de diciembre de 1990). El artículo 3.6 de la Ley añade un nuevo título —el Título IV— a la Ley de Contrato de Seguro, título denominado «Normas de Derecho Internacional Privado» que comprende los artículos 107 a 109 y cuya fidelidad con la Directiva es harto dudosa. Vid., sobre la Segunda Directiva de daños, P. BLANCO-MORALES LIMONES, *El seguro español en el Derecho internacional privado (Derecho comunitario)*, Madrid, 1989, pp. 379 ss., y J. M. DE FRUTOS GÓMEZ «Comunidad Europea y actividad aseguradora. La Segunda Directiva sobre la libre prestación de servicios en el seguro directo de daños: una etapa en la realización del mercado interior», *Gaceta Jurídica de la CEE*, 1990, D-13, pp. 131-168; las notables asintonías entre el artículo 107 de la Ley de Contrato de Seguro y los artículos 7 y 8 de la Segunda Directiva de seguro de daños han sido puestas de relieve por P. BLANCO-MORALES LIMONES en la Ponencia presentada en las Jornadas sobre la nueva Ley de Seguros de 19 de diciembre de 1990 con el título «El nuevo Título de la Ley de Contratos de Seguro sobre Normas de Derecho Internacional Privado».

<sup>153</sup> La Propuesta fue publicada en el DOCE C 38 de 15 de febrero de 1989. Vid., al respecto, K. Lenaerts, «La loi applicable et la libre prestation des services en matière d'assurance vie», *Annales de Droit de Louvain*, Tome L, 1990/1-2, pp. 145-168.

<sup>154</sup> DOCE L 129 de 19 de mayo de 1990.

## 1. Fuentes normativas y técnicas de reglamentación

49. Del elenco de técnicas de reglamentación utilizadas por el legislador comunitario, la menos eficiente —y, sin embargo, las más recurrida— es la convencional. Debe saludarse por ello con satisfacción que determinadas materias —así, la fusión de sociedades transfornterizas— hayan pasado del convenio frustrado a la directiva y que otras —así, las marcas, los dibujos industriales o las obtenciones vegetales— hereden el contenido de un convenio para adoptar la forma de reglamento.

50. Las instituciones de las Comunidades Europeas son plenamente conscientes de esta realidad y de que el artículo 220 del TCEE no es en absoluto obstáculo para encontrar otras bases jurídicas armonizadoras o uniformadoras respecto a las materias en él relacionadas. El recurso al artículo 220 ha tenido cierta importancia histórica pero —a mi modo de ver y dada la evolución actual del Derecho internacional privado, del Derecho comunitario y de las competencias actuales y previsibles en un futuro a corto plazo de las Comunidades Europeas— se encuentra agotado, pareciendo más conveniente acudir a la vía propuesta por el artículo 235 o, en su caso, el 100 A<sup>155</sup>. Probablemente textos como el Convenio de Bruselas o el Convenio de Roma hubieran hoy sido propuestos desde una perspectiva más estrictamente intracomunitaria en forma de reglamento con base jurídica en el artículo 235 TCEE y no de convenio internacional, pese a la existencia del artículo 220 TCEE<sup>156</sup> y aun a riesgo de «sectorializar» la materia repartiéndola en una pluralidad de actos. Se trata, en definitiva, de encontrar en cada ocasión una más o menos forzada incardinación de la materia en los objetivos del artículo 3 h) del TCEE, es decir, en el buen funcionamiento de la Comunidad. Si ello es posible, el Derecho derivado constituirá la fuente normativa adecuada; si no, habrá que recurrir al marco de la cooperación reestablecido últimamente por el artículo K.3.2 del TUE, marco cuya fuente no puede ser sino la clásica de los convenios internacionales.

51. La eliminación de disparidades en cuanto a la ley aplicable asegura un tratamiento homogéneo —no idéntico, habida cuenta la existencia de culturas jurídicas diferentes y pese a la posibilidad del recurso a la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— de una relación jurídico privada internacional —las más de las veces, «intracomunitaria»— por parte de los tribunales de los diferentes Estados miembros de las Comunidades Europeas, lo que contribuye sin duda

---

<sup>155</sup> Parece poco probable, sin embargo, que el artículo 100 A posibilite en algún caso el recurso al reglamento, máxime teniendo en cuenta la *Declaración sobre el artículo 100 A del Tratado CEE* incorporada como Aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Acta Unica Europea: «La Comisión favorecerá, en sus propuestas, en el marco del apartado 1 del artículo 100 A, el recurso al instrumento de la directiva si la armonización implica, en uno o varios Estados miembros, una modificación de disposiciones legales».

<sup>156</sup> En contra, justificando la idoneidad del artículo 220 TCEE y, especialmente, de su párrafo primero, para las materias no patrimoniales, vid. I. SCHWARTZ, «art. 235», en GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4.ª ed., Baden-Baden, 1991, y K. KREUZER, *loc. cit.*, pp. 243-244.

a garantizar la efectividad de los objetivos propuestos en los Tratados constitutivos. La adopción de normas de conflicto de leyes armonizadas o uniformes no es incompatible, por tanto, sino al contrario, con el impulso armonizador y unificador que preside la actividad normativa de las instituciones de las Comunidades Europeas.

52. Esta consolidación a nivel comunitario de un sistema coherente de normas relativas al derecho aplicable depende de la técnica normativa utilizada: por una parte, normas materiales imperativas; por otra, normas materiales especiales de Derecho internacional privado; en fin, normas de conflicto de leyes uniformes.

La legislación comunitaria contiene numerosos ejemplos de normas que podríamos calificar como normas materiales imperativas aplicables tanto a las relaciones internas cuanto a las internacionales o a las intracomunitarias. Estas normas pueden imponerse tanto mediante reglamentos —así, el artículo 2 del Reglamento (CEE) 1983/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva<sup>157</sup> o el Reglamento (CEE) 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, sobre las agrupaciones europeas de interés económico<sup>158</sup>— cuanto de directivas —así, el artículo 3 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes<sup>159</sup>—. Es evidente que tales normas pueden también fraguarse, aunque en menor escala, en convenios internacionales de derecho uniforme —así, el Convenio de Bruselas de 23 de junio de 1990 relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas—.

Las normas materiales especiales de Derecho internacional privado de origen internacional son más frecuentes en la reglamentación convencional —recuérdese, si bien desde una perspectiva universal, el Convenio de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías— pero también la experiencia institucional proporciona numerosos ejemplos de tales normas: así, en materia de sociedades, las directivas que contemplan en su ámbito de aplicación tan sólo relaciones internacionales, como las ya conocidas Propuestas de 10.<sup>a</sup> Directiva relativa a las fusiones transnacionales o 11.<sup>a</sup> Directiva relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado.

En fin, la uniformación de las normas de conflicto de leyes entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas puede alcanzarse a través de diferentes fórmulas, bien directas —mediante actos comunitarios, como el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o la Segunda Directiva del Consejo (90/619/CEE) relativa al seguro directo de vida—, bien indirectas —proponiendo la armonización a partir de estudios o proyectos, como el Proyecto de Convenio sobre quiebra, que ha repercutido notablemente en las normativas nacionales

<sup>157</sup> DOCE L 173 de 30 de junio de 1983, p. 1.

<sup>158</sup> DOCE L 199 de 31 de julio de 1985, p. 1.

<sup>159</sup> DOCE L 382 de 31 de diciembre de 1986, p. 17.

de la década de los ochenta—, bien a partir del acceso de todos los Estados miembros a convenios internacionales más amplios —así, el Convenio Europeo de Patentes o determinados Convenios de La Haya—.

53. La adopción de normas de conflicto de leyes a través de actos de las instituciones de las Comunidades Europeas es, sin embargo —con la salvedad relativa al Convenio de Roma citado y, aunque con mayores reparos, de las respectivas segundas Directivas relativas a los seguros de daños y de vida—, fragmentaria y coyuntural. En ningún momento puede apreciarse una voluntad de uniformación total del sistema o incluso de determinados subsistemas, de tal manera que las normas de conflicto de leyes aparecen en actos referidos a materias que se pretende armonizar o uniformar y quedan relegadas a aquellos aspectos sobre los que no se ha alcanzado una norma material común, no parece necesario o conveniente hacerlo o incluso se ha alcanzado pero a través de una directiva anterior que debe ser todavía incorporada en los Estados miembros. Se trata, en consecuencia, de normas de conflicto que contemplan supuestos de hecho muy concretos y que en ocasiones alcanzan gran complejidad al aplicarse cumulativamente o al verse mediatizadas por la intervención de normas materiales. Este aspecto residual o de «mal menor» dificulta notablemente la tarea de extraer conclusiones generales o principios que permitan vislumbrar los albores de un verdadero sistema pero no es en absoluto óbice para reconocer que el conjunto de materias en las que es posible localizar normas de conflicto contenidas en actos de las instituciones de las Comunidades Europeas es ya lo suficientemente importante como para merecer una atenta evaluación por parte de los especialistas españoles en Derecho internacional privado. Es posible concluir, por tanto, que la técnica conflictual multilateral alcanza en el Derecho comunitario una nueva dimensión: mientras que en los subsistemas nacionales autónomos la norma de conflicto se aplica con carácter general a las relaciones privadas internacionales referidas a un determinado instituto y evaluadas desde el foro, constituyendo las normas materiales especiales del foro una excepción, la dimensión institucional-comunitaria implica un esfuerzo por la elaboración de normas materiales —aplicables bien de modo uniforme en todo el territorio comunitario tanto a las relaciones privadas circunscritas a un solo Estado miembro cuanto a las que implican a varios de ellos, bien tan sólo a estas últimas—, relegando las normas de conflicto a aquellos aspectos —marginales o no— sobre los que no hay norma uniforme o a la ingrata pero esencial tarea de resolver posibles lagunas.

La utilización de las normas de conflicto de leyes en el Derecho internacional privado intracomunitario responde, como hemos visto, a un punto de partida algo diferente al que justifica su aparición en la configuración del Derecho internacional privado clásico. Si en éste la norma de conflicto de leyes es la técnica más utilizada —de modo que puede afirmarse que, como regla general, toda relación jurídico-privada internacional está sujeta a uno o a varios órdenes jurídicos determinados y la aplicación de las normas materiales del foro en tanto que normas imperativas o especiales constituye la excepción—, en aquél la técnica denominada «conflictual» cumple en realidad una doble función. Por una parte, la de designar el orden jurídico —generalmente de un Estado miembro, lo que coadyuva, como veremos, al razonamiento

que afirma la existencia autónoma de las relaciones privadas «intracomunitarias»— que debe regir la relación: incluso en aquellas materias dotadas de alto grado de uniformación existen normas de conflicto generales que designan la ley aplicable, normas que, cuando remiten al orden jurídico de un Estado miembro, determinan la aplicación de la normativa uniformada o armonizada. Por otra —y ésta es su dimensión más original— la de designar el orden jurídico aplicable a cuestiones puntuales: en una materia regulada por un acto de las instituciones de las Comunidades Europeas son las normas materiales armonizadas o uniformadas las que conforman el esqueleto normativo principal, quedando el recurso a la norma de conflicto como mal menor respecto a aquellas cuestiones en las que no es todavía posible o no parece conveniente proceder a la armonización o uniformación. La Propuesta de Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea constituyen ejemplo palpable que corrobora tal afirmación.

Esta distinta configuración de las normas de conflicto en los instrumentos referidos a las relaciones privadas internacionales y a las relaciones privadas intracomunitarias se explica satisfactoriamente recordando la ya clásica distinción propuesta por el Juez PESCATORE entre, por una parte, las relaciones de coexistencia y cooperación entre Estados soberanos, y, por otra, las relaciones de integración entre Estados que han transferido poderes soberanos a instancias supranacionales<sup>160</sup>: las primeras requieren un sistema de Derecho internacional privado centrado en normas de conflicto multilaterales que implican la designación de un orden jurídico estatal determinado como rector de una determinada relación privada internacional; las segundas, por el contrario, suponen una creciente relativización de la importancia de este derecho aplicable designado por las normas generales de conflicto de leyes en la medida en que, tratándose del orden jurídico de un Estado miembro, exista armonización o uniformación de legislaciones materiales, cobrando en tal caso la técnica conflictual una dimensión específica al legitimarse su recurso particularizado, como ha habido ocasión de mostrar, en aquellos aspectos donde no es posible o conveniente proceder a una armonización completa.

54. Sin ningún género de dudas han sido los sectores relativos a la competencia judicial y al reconocimiento y la ejecución de decisiones los que han encontrado campo más fértil para su desarrollo a nivel comunitario y la firma del Convenio de Bruselas constituyó en este sentido el jalón en torno al cual se han ido edificando ambos subsistemas. Las posteriores modificaciones, la experiencia de casi veinte años de aplicación y, sobre todo, la adopción de criterios particulares en determinadas materias a medida que la Comunidad ha podido regularlas desde una perspectiva global ponen, sin embargo, de relieve que probablemente hoy el Convenio mencionado ya no cumple adecuadamente la función integradora a la que estaba destinado porque quizás estemos asistiendo a un proceso irreversible de sectorialización por materias tanto de las normas de competencia judicial cuanto de ley aplicable (no tanto de la

---

<sup>160</sup> P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Etude de sources du droit communautaire*, Liège, 1975.



ejecución de decisiones). La falta de sensibilidad a la hora de tratar las relaciones entre el *forum* y el *ius*, y entre éstas y el alcance extraterritorial de las decisiones, provoca situaciones grotescas como la acontecida con el Protocolo sobre los litigios del Acuerdo de Patentes Comunitarias y conlleva la materialización de un sistema en el que se entremezclan y se superponen —pero no se coordinan ni se interrelacionan— las diferentes fuentes, lo que no hace sino incrementar los riesgos de interpretación y aplicación divergentes en los Estados miembros. Quizás fuera esta dimensión institucional del Derecho internacional privado un campo propicio —por encontrarse liberado de ataduras históricas— para intentar una regulación sectorializada original o, al menos, del estilo de la Ley suiza sobre el Derecho internacional privado que comprendiera todos los problemas que afectan a las relaciones privadas internacionales o, al menos, intracomunitarias, en el ámbito de un concreto instituto.

55. Puede, en fin, aplicarse al Derecho internacional privado español una conclusión que ya Y. LOUSSOUARN<sup>161</sup> colegía en 1974 respecto al Derecho internacional privado francés: el régimen legal autónomo de ambos sistemas es muy austero —todavía más el francés que el español— y —lo que resulta paradójico, en países de corte continental— la jurisprudencia asume, consecuentemente, una función creadora relevante. El proceso de elaboración del Derecho internacional privado en las Comunidades Europeas implica, por el contrario —y como ha habido ocasión de comprobar— una acentuada intervención de la actividad legislativa de las instituciones, una multiplicación geométrica de las normas, un recurso cada vez más frecuente a la técnica de confección de normas materiales especiales de Derecho internacional privado y, sobre todo, una creciente especialización de los supuestos de hecho conformadores de la norma de conflicto de leyes —y también, aunque en menor medida, de jurisdicciones—, especialización que viene provocada por la propia complejidad del —lento— proceso uniformador o armonizador.

## **2. Relaciones privadas internacionales, relaciones «intracomunitarias» y sistema español de Derecho internacional privado**

56. Cualquier orden jurídico estatal aparece como un sistema soberano que asegura una reglamentación global de la realidad social que le afecta y del que se predica una propiedad que lo caracteriza respecto de los órdenes jurídicos no estatales: la complitud. El orden jurídico comunitario, por el contrario, se limita a regular una parcela de esta realidad social, parcela que, aunque gana terreno día a día en la práctica, no parece claramente definida. Y no parece definida porque, por una parte, el discurrir del tiempo ha permitido a las Comunidades Europeas ir —gracias a su carácter «dinámico»— asumiendo competencias que en principio no venían expresamente atribuidas por los Tratados constitutivos, y, por otra, porque en no pocas ma-

---

<sup>161</sup> Y. LOUSSOUARN, «Les incidences des Communautés Européennes sur la conception française du droit international privé», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1974, pp. 708-727.

terias que le han sido delegadas la normativa comunitaria o bien aparece íntima e indisolublemente unida con la estatal o bien no ha sido desarrollada pese a presentar un evidente interés para los objetivos de la Comunidad, interviniendo los órdenes jurídicos estatales autónomos para colmar tales lagunas y proporcionar también al tiempo al ordenamiento comunitario su aparato coercitivo y represivo.

57. Aun no gozando, evidentemente, de complitud, lo cierto es que, de modo directo o indirecto, la actividad de las Comunidades Europeas se va extendiendo con el tiempo a toda una serie de materias que parecen referirse estrictamente al ámbito del derecho de la persona y de la familia. Tanto a través de normativa específica cuanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —así, interpretando de manera estricta las excepciones a la aplicación del Convenio de Bruselas de 1968, como en los asuntos Cavel<sup>162</sup>— es posible apreciar que en no pocas ocasiones la respuesta a una cuestión incluida en el ámbito competencial de las Comunidades Europeas implica la aplicación de una norma de conflicto de leyes multilateral o de una norma material relativa al estatuto personal. El espíritu que justifica preceptos como el artículo 235 del TCEE puede servir como base jurídica suficiente para la progresiva introducción del Derecho comunitario en tales materias. No debe despreciarse, por otra parte, la previsible repercusión en el ámbito de la armonización del estatuto personal como consecuencia de la instauración de la ciudadanía europea, es decir, de la conexión que atribuye directamente una serie de derechos comunes —el principal, el de no discriminación— a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, con independencia del hecho de que lleven o no a cabo una actividad económica en otro Estado miembro<sup>163</sup>.

58. Las consideraciones anteriores sirven de pórtico a la pregunta que ha rondado toda la discusión sobre la repercusión del Derecho comunitario en el sistema español de Derecho internacional privado: el desarrollo de las competencias atribuidas a las Comunidades Europeas ¿ha llegado hasta el punto de que parece conveniente considerar la hipótesis de la —al menos potencial— existencia de un sistema de Derecho internacional privado «intracomunitario» autónomo de los diferentes sistemas de los Estados miembros, sistema que contaría con una doble vertiente, *ad intra* y *ad extra*, y que se ocuparía primordialmente de la regulación de las relaciones privadas intracomunitarias? ¿Vendría tal sistema configurado a partir de la definición de unos valores e intereses específicamente comunitarios con independencia de los que sustentan los sistemas estatales? A lo largo de la exposición he intentado incor-

---

<sup>162</sup> Sentencias del TJCE de 27 de marzo de 1979 (143/78, De Cavel c. De Cavel, *Rec.* 1979, pp. 1055 ss.) y de 6 de marzo de 1980 (120/79, De Cavel c. De Cavel, *Rec.* 1980, pp. 731 ss.).

<sup>163</sup> Recuérdese, en este sentido, el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas (*BOE* n.º 156 de 30 de junio de 1992), que incorpora en nuestro país el contenido de las Directivas 90/364/CEE relativa al derecho de residencia, 90/365/CEE relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y 90/366/CEE relativa al derecho de residencia de los estudiantes, todas ellas de 28 de junio de 1990.

porar datos que demuestren fehacientemente que la pregunta no es ociosa y que su desarrollo abre un campo de investigación de extremo interés para el propio desarrollo del Derecho internacional privado. Si el Derecho comunitario está configurado como un orden jurídico autónomo y dotado de fuentes propias, ¿no podría argumentarse que las Comunidades Europeas se sitúan frente a terceros Estados en pie de igualdad, atribuyéndose —aun parcialmente— las características básicas de un Estado —y especialmente el territorio— y diseñando así su propio sistema de Derecho internacional privado?<sup>164</sup>

No creo, en última instancia, que nos encontremos todavía en condiciones de contestar afirmativamente a esta cuestión, y ello fundamentalmente por tres razones bien diferentes:

a) Por una parte, porque la evolución de la configuración de los sistemas de Derecho internacional privado en los últimos ciento cincuenta años ha venido a afirmar la identificación entre «sistema dotado de completud» y «sistema estatal», de modo que resulta difícil imaginar un «sistema» que, aun adornado con fuentes autónomas, carezca de capacidad de integración de lagunas —ha habido ocasión de profundizar en este apartado— y reduzca su actividad a determinadas materias excluyendo otras.

b) Por otra, porque lo que autores como Badiali califican como «Derecho internacional privado comunitario» —aquel conjunto de principios que determinan el orden jurídico estatal que debe resolver una cuestión determinada que afecta al Derecho comunitario pero que no viene directamente resuelta por el mismo— no es en realidad tal sino más bien un «método para la resolución de conflictos internos intracomunitarios», puesto que el verdadero —e hipotético— «Derecho internacional privado comunitario» debería predicarse en todo caso frente al exterior —*ad extra*— e implica la existencia de un sistema propio independiente —aun coexistente con ellos— de los sistemas estatales: el «Derecho internacional privado comunitario *ad intra*» no es, en definitiva, sino la plasmación de una serie de normas de conflicto de leyes fraguadas a nivel comunitario como fuente de producción pero que se integran claramente en los sistemas de Derecho internacional privado estatales.

c) En fin, si bien el orden jurídico comunitario constituye un orden jurídico autónomo y diferente tanto del Derecho internacional público cuanto de los Derechos estatales, no es menos cierto que sus normas se integran en los sistemas internos precisando incluso en algunos casos —así, las directivas— de un proceso de incorporación para lograr eficacia plena. Desde esta perspectiva, cabría a lo sumo, por una

---

<sup>164</sup> Una de las características básicas de tal sistema sería, evidentemente, el hecho de que la nacionalidad de un Estado miembro no constituye un elemento heterogéneo en otro Estado miembro, lo que debería aplicarse incluso al Convenio de Roma de 1980, de manera que la nacionalidad de un tercer Estado coadyuvará a la formulación de la cláusula de excepción pero no así la nacionalidad de un Estado miembro cuando las conexiones objetivas designan la ley de otro Estado miembro. Precisamente una de las funciones de las Comunidades Europeas es eliminar —en su ámbito de actuación, y a los solos efectos de la consecución de los objetivos de los Tratados constitutivos— la heterogeneidad del elemento «nacionalidad de otro Estado miembro».

parte, arbitrar la existencia de un «régimen institucional» —de creciente importancia— paralelo al «régimen autónomo» y al «régimen convencional» en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado, y, por otra, esbozar —como se ha hecho a lo largo de la exposición— ciertas características que permiten, al distinguir las perspectivas *ad intra* y *ad extra*, considerar determinados problemas desde una perspectiva comunitaria y no simplemente nacional.

59. La anterior afirmación no es óbice para reconocer que, dentro del sistema español de Derecho internacional privado, conviene comenzar a distinguir con claridad entre relaciones privadas patrimoniales y no patrimoniales —el análisis del sector de la competencia judicial internacional resultará relevante a estos efectos— y entre relaciones privadas internacionales e «intracomunitarias». Un repaso a las diferentes conexiones —tanto las unilaterales cuanto las multilaterales— estudiadas en materias como sociedades o seguros, por ejemplo, muestra sin ningún género de dudas que la intención del legislador ha sido regular un grupo determinado de relaciones privadas internacionales, aquéllas que desarrollan sus efectos en el territorio de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. El ámbito de aplicación de tales normas indica por ello que nos movemos en una dimensión donde el análisis de los valores e intereses subyacentes no tiene por qué coincidir con el resultante de la estimación de los valores e intereses desde la perspectiva del Estado español: las relaciones privadas «intracomunitarias» vienen presididas por los principios y los valores desgajados de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y no por los correspondientes nacionales, y este detalle es fundamental a la hora de la configuración de las soluciones propuestas. Este razonamiento supone una nueva apertura hasta la fecha inédita y un nuevo campo de investigación en el análisis del sistema español de Derecho internacional privado, nueva apertura y nuevo campo que en estas páginas tan sólo es posible intuir pero que permiten afirmar que el estudio del Derecho internacional privado español «intracomunitario» es una rama del Derecho internacional privado dotada de metodología propia y que en absoluto queda reducida —aunque ello no es poco— al estudio de un par de convenios internacionales de reconocida relevancia en el conjunto del sistema.

60. En fin, lo dicho no impide afirmar que en determinados institutos ya pueden vislumbrarse con cierta claridad los efectos de la «comunitarización»: así, por ejemplo, el Derecho de sociedades comunitario se ha ocupado de la consolidación de determinados tipos de empresas cuyo ámbito de trabajo excede *per se* al de un Estado miembro y que desarrollan su actividad en todo el territorio de la Comunidad Europea con un estatuto uniforme: las empresas comunes, las sociedades europeas o los grupos europeos de interés económico. El análisis del funcionamiento de tales empresas excede al planteamiento del Derecho internacional privado clásico y obliga a una revisión general del funcionamiento de los diversos sistemas nacionales a partir del Derecho comunitario. Siendo cierto que los tribunales competentes seguirán siendo los tribunales de los Estados miembros, no lo es menos que sus normas de conflicto de leyes —autónomas, convencionales o institucionales— conducirán cada vez con mayor regularidad a la aplicación de una norma uniforme o de una norma ar-

monizada, es decir, de un reglamento o de una directiva —incorporada a cada Estado miembro— emanada de las instituciones de las Comunidades Europeas.

Podría aventurarse, por lo tanto, una última hipótesis de trabajo: los problemas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de ejecución de decisiones en el seno de las Comunidades Europeas se inscriben ya hoy en un nuevo marco integrado mucho más amplio del que no son sino meros eslabones. Así, por ejemplo, un problema relativo a la violación generalizada de un derecho de autor reconocido en varios Estados miembros pondrá en evidencia la interrelación de cuatro esferas de actuación: por una parte, la esfera interna, constituida por la diferente configuración de tal derecho en cada uno de los Estados miembros afectados; por otra, la esfera del Derecho internacional privado interno, en la medida en que el acto de usurpación tiene una clara connotación internacional; en tercer lugar, la esfera comunitaria, puesto que, de un lado, la consecución del mercado interior se ve directamente afectada por la existencia de diferentes sistemas nacionales y los creadores y suministradores de artículos y servicios protegidos por los derechos de autor deberían poder tratar a la Comunidad como un único mercado interno, y, de otro, los propios intereses de la Comunidad se hallan en juego<sup>165</sup>; en fin, no puede olvidarse la esfera internacional, cada día más relevante en todos y cada uno de los sectores del Derecho afectados por el Derecho comunitario europeo<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Obsérvese, como botón de muestra de los intereses a proteger, la siguiente afirmación de la Comisión: «La creatividad intelectual y artística es un bien sumamente valioso como fuente de la identidad cultural europea y de la de cada uno de los Estados. Asimismo, sustenta de manera fundamental la riqueza económica y la influencia europea en el mundo entero. Esta creatividad ha de ser protegida con el otorgamiento de una posición más elevada y unos mayores estímulos» (Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro verde sobre los derechos de autor...*, cit., p. 5).

<sup>166</sup> Así, respecto a los derechos de propiedad intelectual, la Comisión pone de manifiesto que «Estas nuevas tecnologías han dado lugar a la abolición efectiva de las fronteras nacionales dejando anticuada la aplicación de la legislación nacional sobre derechos de autor» (Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro verde sobre los derechos de autor...*, cit., p. 5).

